

KONTROLLE UND PRÜFUNG DER EINGETRAGENEN GENOSSENSCHAFT
NACH DEM SCHWEIZERISCHEN OBLIGATIONENRECHT UND NACH
DEM DEUTSCHEN GENOSSENSCHAFTSGESETZ

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Hans Stefan K a r p f
von München

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. A. Meier-Hayoz

1982
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507225_0072

KONTROLLE UND PRÜFUNG DER EINGETRAGENEN GENOSSENSCHAFT
NACH DEM SCHWEIZERISCHEN OBLIGATIONENRECHT UND NACH
DEM DEUTSCHEN GENOSSENSCHAFTSGESETZ

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Hans Stefan K a r p f
von München

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. A. Meier-Hayoz

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1981

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Meinen Eltern und meiner Frau

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Zeitschriftenverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XIX
Materialien	XXVIII
Vorbemerkungen	XXX

1. Einleitung

1.1. Ziel von Kontrolle und Prüfung	1
1.2. Historische Entwicklung von Kontrolle und Prüfung	4
1.3. Begriffsbestimmung der Kontrolle und Prüfung	25

2. Hauptteil

2.1. Prüfung bei Errichtung	29
2.2. Kontrolle durch die Generalversammlung	47
2.3. Kontrolle durch die Genossenschafter	75
2.4. Die Verwaltung (Schweiz)	95
2.5. Der Aufsichtsrat (Deutschland)	102
2.6. Die Kontrollstelle (Schweiz)	124
2.7. Der Prüfungsverband (Deutschland)	162
2.8. Die Genossenschaftsverbände (Schweiz)	196

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	
1.1.	Ziel von Kontrolle und Prüfung	1
1.2.	Historische Entwicklung von Kontrolle und Prüfung	4
1.2.1.	Deutschland	5
1.2.1.1.	Erste Entwicklungen	5
1.2.1.2.	Von der freiwilligen Prüfung zur Prüfungspflicht des Gesetzes von 1889 ..	7
1.2.1.3.	Weitere Entwicklung bis zur Pflichtverbandszugehörigkeit der Gesetzesnovelle von 1934	10
1.2.1.4.	Die Prüfungsnovelle von 1934	13
1.2.1.5.	Von 1934 bis zur Reformdiskussion zwischen 1954 und 1963	14
1.2.1.6.	Die Novelle vom 9.10.1973	16
1.2.2.	Schweiz	17
1.2.2.1.	Das Obligationenrecht vom 14.6.1881 und die damalige Praxis	18
1.2.2.2.	Der Entwurf von Eugen Huber im Jahre 1919 und die folgenden Debatten	20
1.2.2.2.1.	Kontrollstelle	20
1.2.2.2.2.	Verbände	21
1.2.2.3.	Vom Entwurf von Altbundesrat Hoffmann bis zum Obligationenrecht vom 18.12.1936	23
1.3.	Begriffsbestimmung der Kontrolle und der Prüfung	25
2.	Hauptteil	
	Kontrolle und Prüfung der eingetragenen Genossenschaft nach dem schweizerischen Obligationenrecht und nach dem deutschen Genossenschaftsgesetz ...	29
2.1.	Prüfung bei Errichtung	29
2.1.1.	Schweiz	29
2.1.1.1.	Rechtsnatur und Entstehungsvoraussetzungen	29

2.1.1.2. Prüfung der Statuten durch die konstituierende Versammlung	31
2.1.1.3. Prüfung durch den Handelsregisterführer	31
2.1.1.3.1. Formelle Voraussetzungen	34
2.1.1.3.1.1. Örtliche und sachliche Zustän- digkeit	34
2.1.1.3.1.2. Legitimation der Anmeldenden ...	34
2.1.1.3.1.3. Vorgelegte Belege	35
2.1.1.3.2. Materielle Voraussetzungen	36
2.1.2. Deutschland	37
2.1.2.1. Rechtsnatur und Entstehungsvoraus- setzungen	37
2.1.2.2. Aufnahmeprüfung beim Prüfungsverband ..	39
2.1.2.3. Gutachten des Prüfungsverbandes	40
2.1.2.4. Prüfung durch das Registergericht	41
2.1.2.4.1. Prüfung der ordnungsgemäßen Errichtung und Anmeldung	43
2.1.2.4.1.1. Formelle Prüfung	43
2.1.2.4.1.2. Materielle Prüfung	43
2.1.2.4.2. Prüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse	44
2.1.3. Vergleich	45
2.2. Kontrolle durch die Generalversammlung	47
2.2.1. Schweiz	47
2.2.1.1. Zeitpunkt	49
2.2.1.2. Einberufung	50
2.2.1.3. Beschlußfassung	51
2.2.1.4. Kontroll- und Prüfungsaufgaben	53
2.2.1.4.1. Informationsrechte	54
2.2.1.4.2. Abnahme der Betriebsrechnung und der Bilanz gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 OR	55
2.2.1.4.2.1. Betriebsrechnung und Bilanz	55
2.2.1.4.2.2. Abnahme	56
2.2.1.4.3. Entlastung der Verwaltung gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 4 OR	57

VIII

2.2.1.4.4. Wahl und Abberufung gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 890 OR	59
2.2.1.4.5. Übertragung von Befugnissen, die Kontrolle oder Prüfung betreffen, durch Gesetz und Statuten gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5 OR	60
2.2.2. Deutschland	61
2.2.2.1. Zeitpunkt	62
2.2.2.2. Einberufung	62
2.2.2.3. Beschlußfassung	63
2.2.2.4. Kontroll- und Prüfungsaufgaben der Generalversammlung	66
2.2.2.4.1. Informationsrechte	67
2.2.2.4.2. Beschlußfassung über den Jahres- abschluß	68
2.2.2.4.3. Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates	70
2.2.2.4.4. Beschlußfassung über den Bericht des Prüfungsverbandes	72
2.2.2.4.5. Wahl und Abberufung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern	72
2.2.3. Vergleich	73
2.3. Kontrolle durch die Genossenschafter	75
2.3.1. Schweiz	76
2.3.1.1. Informationsrechte	76
2.3.1.1.1. Grenzen der Informationsrechte	76
2.3.1.1.1.1. Zeitliche Begrenzung	76
2.3.1.1.1.2. Geschäftsgeheimnis	77
2.3.1.1.1.3. Interessen der Genossenschaft ...	78
2.3.1.1.1.4. Die genossenschaftliche Treue- pflicht	78
2.3.1.1.2. Auskunftsrechte	79
2.3.1.1.3. Einsichtsrechte	79
2.3.1.1.3.1. Genehmigungsfreie Einsichts- rechte	79
2.3.1.1.3.2. Genehmigungsabhängige Einsichts- rechte	80
2.3.1.1.4. Klagerecht auf Auskunftserteilung ...	80

2.3.1.2. Sanktionsrechte	81
2.3.1.2.1. Recht zur Einberufung einer außer- ordentlichen Generalversammlung	82
2.3.1.2.2. Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung	82
2.3.1.2.2.1. Gegenstand der Anfechtung	83
2.3.1.2.2.2. Aktivlegitimation	84
2.3.1.2.2.3. Passivlegitimation	84
2.3.1.2.2.4. Frist	85
2.3.1.2.3. Anfechtung von Beschlüssen der Ver- waltung	85
2.3.2. Deutschland	86
2.3.2.1. Informationsrechte	86
2.3.2.1.1. Einsichtsrechte	87
2.3.2.1.2. Auskunftsrechte im Rahmen der Gene- ralversammlung	87
2.3.2.1.3. Auskunftsrechte außerhalb der Gene- ralversammlung	88
2.3.2.2. Sanktionsrechte	89
2.3.2.2.1. Recht zur Einberufung einer außer- ordentlichen Generalversammlung	89
2.3.2.2.2. Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung	90
2.3.2.2.2.1. Aktivlegitimation	91
2.3.2.2.2.2. Passivlegitimation	92
2.3.2.2.2.3. Frist	93
2.3.2.2.3. Nichtigkeitsklage	93
2.3.3. Vergleich	94
2.4. Die Verwaltung (Schweiz)	95
2.4.1. Wesen	95
2.4.2. Wählbarkeitsvoraussetzungen	96
2.4.2.1. Genossenschaftereigenschaft	97
2.4.2.2. Erfordernis der natürlichen Persönlich- keit	97
2.4.2.3. Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernis ..	98
2.4.2.4. Handlungsfähigkeit	98
2.4.3. Kontroll- und Prüfungsaufgaben	99

2.4.3.1. Überwachung der mit Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten	101
2.4.4. Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung	102
2.4.5. Haftung von Verwaltungsmitgliedern	102
2.5. Der Aufsichtsrat (Deutschland)	102
2.5.1. Mitglieder des Aufsichtsrates	103
2.5.1.1. Gesetzliche Anforderungen an die Person	103
2.5.1.1.1. Inkompatibilität	105
2.5.1.2. Statutarische Anforderungen an die Person	106
2.5.2. Berufungsvorgang	107
2.5.2.1. Zuständigkeit der Generalversammlung ...	107
2.5.2.2. Wahl	108
2.5.3. Amtszeit	109
2.5.4. Kontrolle und Prüfung	110
2.5.4.1. Umfang der Prüfung	111
2.5.4.1.1. Rechtmäßigkeitsprüfung	111
2.5.4.1.2. Zweckmäßigkeitsprüfung	111
2.5.4.2. Auskunfts-, Einsichts- und Unter- suchungsrechte	112
2.5.4.2.1. Grenzen	112
2.5.4.2.2. Berichtspflicht des Vorstandes	114
2.5.4.2.3. Einsicht in Bücher und Schriften ...	114
2.5.4.2.4. Untersuchung der Betriebsgegenstände	115
2.5.4.2.5. Durchsetzung des Informations- anspruchs	116
2.5.4.3. Prüfungsgegenstände	116
2.5.4.3.1. Jahresabschluß	117
2.5.4.3.2. Geschäftsbericht	118
2.5.4.3.3. Vorschläge zur Verteilung von Gewinn oder Verlust	119
2.5.4.3.4. Durch das Statut zugewiesene Aufgaben	119
2.5.4.4. Prüfungsbericht	120
2.5.4.5. Recht zur Einberufung der General- versammlung	121

2.5.4.6. Sanktionsrechte des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand	122
2.5.4.7. Anfechtungsrecht gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung	122
2.5.5. Haftung	123
2.6. Die Kontrollstelle (Schweiz)	124
2.6.1. Personelle Zusammensetzung	125
2.6.1.1. Gesetzliche Anforderungen an die Person	125
2.6.1.1.1. Inkompatibilität	128
2.6.1.1.1.1. Der Gegenstand der Gesetzesrevision: Das Obligationenrecht von 1881	131
2.6.1.1.1.2. Unterschiedliche Gefahrenlage ..	132
2.6.1.1.1.3. Abwägung zwischen Gewaltentrennung und Interesse an wirtschaftlichem Zusammenwirken	134
2.6.1.1.1.4. Prüfungsauftrag	136
2.6.1.1.1.5. Schluß aus der Inkompatibilitätsregelung des Art. 887 Abs. 2 OR	137
2.6.1.2. Statutarische Anforderungen an die Person	138
2.6.2. Wahl	138
2.6.2.1. Wahlorgan	138
2.6.2.1.1. Übertragung des Wahlrechtes	139
2.6.2.2. Wahlvoraussetzungen	141
2.6.2.3. Wahlvorschläge	141
2.6.2.4. Mehrheit	141
2.6.2.5. Rechtswirksamkeit	142
2.6.3. Amtszeit	142
2.6.4. Kontrolle und Prüfung	143
2.6.4.1. Auskunfts- und Einsichtsrechte	144
2.6.4.2. Prüfungsaufgaben	145
2.6.4.2.1. Ordnungsgemäße Buchführung	147
2.6.4.2.2. Übereinstimmung von Betriebsrechnung und Bilanz mit den Büchern	147
2.6.4.2.3. Richtige Darstellung des Geschäftsergebnisses und der Vermögenslage ..	148

2.6.4.2.4. Ordnungsgemäße Führung des Genossenschafterverzeichnisses	149
2.6.4.2.5. Geschäftsführung	150
2.6.4.2.5.1. Unterschiedliche Haftung	150
2.6.4.2.5.2. Verschiedene Zielsetzung	151
2.6.4.2.5.3. Regelung der Prüfungsaufgaben im Obligationenrecht	153
2.6.4.2.5.4. Eingeschränkte Geschäftsführungs- kontrolle aufgrund der Prüfungs- aufgabe des Verwaltungsrates ...	154
2.6.4.2.5.5. Umfang der Kontrolle der Geschäftsführung	155
2.6.4.3. Meldepflicht	157
2.6.4.4. Revisionsbericht	158
2.6.4.5. Antrag	159
2.6.5. Recht zur Einberufung der Generalversammlung	160
2.6.6. Haftung	160
2.7. Pflichtprüfung durch den Prüfungsverband (Deutschland)	162
2.7.1. Pflicht zur Prüfung	163
2.7.2. Pflicht zur Mitgliedschaft	164
2.7.2.1. Sonstige Mitgliedschaften	166
2.7.3. Prüfungsverband	168
2.7.3.1. Zweck des Prüfungsverbandes	169
2.7.3.2. Rechtsform	169
2.7.3.3. Mitgliederversammlung	171
2.7.3.4. Vorstand	172
2.7.3.5. Verbandsbeirat	173
2.7.3.6. Prüfer	174
2.7.3.6.1. Qualifikation	174
2.7.3.6.2. Inkompatibilität	175
2.7.4. Verleihung des Prüfungsrechts	176
2.7.5. Prüfung	176
2.7.5.1. Zeitpunkt	176
2.7.5.2. Prüfungszweck	178
2.7.5.3. Prüfungsgegenstand	180
2.7.5.3.1. Einrichtungen	181

2.7.5.3.2. Jahresabschluß, Geschäftsbericht, Buchführung	181
2.7.5.3.3. Vermögenslage	182
2.7.5.3.4. Geschäftsführung	184
2.7.5.3.4.1. Organe	184
2.7.5.3.4.2. Geschäftsführungstätigkeit	185
2.7.5.4. Prüfungsverfahren	185
2.7.5.4.1. Informations- und Auskunftsrechte ..	186
2.7.5.4.2. Mitwirkung des Aufsichtsrats	186
2.7.5.4.3. Mündliche Berichterstattung über das Prüfungsergebnis	187
2.7.5.5. Prüfungsbericht	188
2.7.6. Haftung	189
2.7.7. Staatliche Aufsicht	190
2.7.7.1. Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht	191
2.7.7.2. Informationsrechte	194
2.7.7.3. Entziehung des Prüfungsrechts	195
2.8. Genossenschaftsverbände (Schweiz)	196
2.8.1. Rechtsform und Organisation der Verbände ...	197
2.8.2. Aufgaben der Verbände	199
2.8.2.1. Wirtschaftliche Förderung	199
2.8.2.2. Überwachung	199
2.8.3. Anfechtungsklage	200
2.8.4. Bedeutung der Verbandsprüfung in der Genossenschaftspraxis	201

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BRD), BGBI. III 4121 - 1
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung (Bern 1848 ff.), seit 1848: "Sammlung der eidgenössischen Gesetze"
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18.8.1896, BGBI. III 400-2
BGBI.	Bundesgesetzblatt (BRD)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof der BRD
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (BRD)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Diss.	Dissertation
DGV	Deutscher Genossenschaftsverband e.V.
eidg.	eigenössisch
e.V.	eingetragener Verein
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898 (BRD), BGBI. III 315 - 1

gem.	gemäß
GenG	Deutsches Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 20.5.1898 (zuletzt revidiert am 9.10.1973), BGBI. III 4125 - 1
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, BGBI. III 100 - 1
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (BRD), BGBI. III 4100 - 1
HRV	Handelsregisterverordnung (Schweiz)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961 (BRD), BGBI. I S. 881 in der Fassung vom 16.11.1972
i.D.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
NF	Neue Folge
OLG	Oberlandesgericht (BRD)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 in der Fassung vom 1.7.1937
Rdn.	Randnummer
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern 1970 ff.)
VAG (Schweiz)	Bundesgesetz betreffend die Beaufsichtigung von Privatunternehmen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25.6.1885 (Schweiz)
VAG (BRD)	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 6.6.1931 (RGBI. I S. 315, 750 in der Fassung vom 18.12.1975)

VO	Verordnung
VOLG	Verband Ostschweizerischer Landwirtschaftlicher Genossenschaften (Winterthur)
VSK	Verband Schweizerischer Konsumvereine (Basel) (jetzt Mitglied der COOP-Gruppe)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
Ziff.	Ziffer

ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg 1820 ff.; Tübingen 1878 ff.; NF/1923 ff.)
BlfGenW	Blätter für Genossenschaftswesen, Organ des Deutschen Genossenschaftsverbandes (Schulze-Delitzsch) e.V. (Bonn)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift, auch Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (München) Gemeinnütziges Wohnungswesen, Organ des Genossenschaftsverbandes gemeinnütziger Wohnungsunternehmen (Hamburg) Gegenwartsfragen genossenschaftlicher Unternehmen (Wiesbaden)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
JW	Juristische Wochenschrift (Leipzig)
MDGK	Mitteilungen der Deutschen Genossenschafts- kasse, Zentralbank der Genossenschaften (Frankfurt a.M.)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Köln)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Frankfurt a.M.)
Rechtspfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Bielefeld)
Praxis	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
VW	Versicherungswirtschaft, Halbmonatsschrift der deutschen Individualversicherung (Karls- ruhe) Der Verbraucher, Konsumgenossenschaftliche Rundschau (Hamburg) Die Wirtschaftsprüfung, Der Berater der Wirtschaft (Düsseldorf)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Frankfurt a.M.)

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZgGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossenschafts- wesen (Göttingen)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Stuttgart)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

LITERATURVERZEICHNIS*

- Ab-Yberg, A., Die Haftung des Genossenschafters nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1941
- Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, 4. Aufl., Stuttgart, Bd. 1 (Rechnungslegung) 1968, Bd. 2 (Prüfung/Feststellung/Rechtsbehelfe) 1971
- Barnes, W., Les principes fondamentaux de la coopération en droit comparé, Diss. Genf 1962
- Barth, G.M., Die Mitgliedschaft von Genossenschaften in Prüfungsverbänden, Beitrag zur Reform des deutschen Genossenschafts-Rechts, Diss. Freiburg (Schweiz) 1964
- Baumbach, A./Hueck, A., Aktiengesetz, Kurzkommentar, München und Berlin, 13. Aufl., 1968
- Baume, R., Aufsicht und Kontrolle in der Entwicklung des schweizerischen Aktienrechts, Zürich 1973
- Baur, J., Zum Stand der Diskussion über die rechtliche Behandlung der Genossenschaften, in: ZgGenW 1970-73, S. 273
- Beck, C.M., Der unheimliche Gigant, M - wer denn sonst?, Zürich 1978
- Beck, P., Kognition des Handelsregisterführers, Bern 1953
- Belser, P.M., Versicherungsgenossenschaften - Eine Studie ihrer rechtlichen Besonderheiten, Diss. Zürich 1975
- Berweger, H., Die Prüfung der Geschäftsführer durch die Kontrollstelle im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel 1979
- Blümle, E.B., Genossenschaftswesen in der Schweiz, Frankfurt 1969
- Buchbesprechung von E. Hasselmann "Rochdaler Grundsätze im Wandel der Zeit", in: MDGK 1969, S. 240
- Bömcke, E., Die Staatsaufsicht auf dem Gebiet des genossenschaftlichen Prüfungswesens, in: ZgGenW 1952, S. 161 (gleichfalls abgedruckt in: Gemeinnütziges Wohnungswesen 1954, S. 267)
- Gedanken zur Reform des 4. Abschnittes des Genossenschaftsgesetzes, in: ZgGenW 1956, S. 231

* Die Unterstreichung ergibt die Zitierweise, z.B. Ab-Yberg, Haftung S. 15.

- Boson, M., Co-op in der Schweiz, Betrachtungen zu den Anfängen und zur Entwicklung der Co-op Genossenschaften in der Schweiz, Basel 1965
- Bossard, E., Zur Reform des Bilanz-, Publizitäts- und Prüfungsrechts, Zürich 1966
- Bürgi, W., Die AG, Züricher Kommentar (Bd. II 1957, Bd. III 1969, Bd. IV 1970)
- Busse, F.J., Bausteine für die Einführung eines effizienten Controlling im Versicherungsunternehmen, in: VW 1980, S. 285
- v. Caemmerer, E., Pflichtmitgliedschaft bei Prüfungsverbänden; Rechtsbehelfe gegen die Verweigerung der Aufnahme in einen Prüfungsverband, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. III, S. 7
- Campion, G., Traité des entreprises privées, Bd. II, 3. Aufl., Paris 1958
- Capitaine, G., Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, in: ZBJV 89, 1953, S. 97
- SJK Nr. 1158, Genossenschaft V: Die Rechte der Genossenschafter
- SJK Nr. 1159, Genossenschaft VI: Die Organe der Genossenschaft
- SJK Nr. 1161, Genossenschaft VIII: Die Verantwortlichkeit der Organe
- SJK Nr. 1163, Genossenschaft X: Genossenschaftsverbände
- Caspers, H., Die Verfassung der Genossenschaft, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. II, S. 83
- Draheim, G., Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, 2. Aufl., Göttingen 1955
- Die Genossenschaft als Forschungsgegenstand, in: ZgGenW 1959, S. 201
- Düggelin, H., Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, Diss. Bern 1977
- Dülfer, E., Probleme der Unternehmens- und Führungsorganisation in der modernen Genossenschaft, in: Gegenwartsfragen genossenschaftlicher Unternehmen, Wiesbaden 1963, S. 24
- Durtschi, E., Zur Revision des schweizerischen Genossenschaftsrechtes nebst Abänderungsvorschlägen gegenüber der Fassung des Ständerats, Brugg 1932
- Egger, A., Revision des Genossenschaftsrechts, in: ZSR 41 (1922), S. 107a

- Flender, A., Rechtsstellung der Prüfungsverbände, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. III, S. 85
- Forstmoser, P., Grossgenossenschaften, in: Abhandlungen zum Schweizer Recht, NF, Bern 1970
- Die Genossenschaft, Berner Kommentar, Bd. VII/4, 1. Lieferung: Systematischer Teil und Art. 828-838 OR, Bern 1972; 2. Lieferung: Art. 839-851 OR, Bern 1974
- Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, in: ZBGR 54 (1973), S. 77
- Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, in: SAG 48 (1976), S. 46
- Zur Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft, in: ZSR 90 (1971), S. 339
- Schweizer Genossenschaftsrecht, Redaktion P.C. Ragaz, 3. Aufl., Verlag der Zentralstelle der Universität Zürich (Skript)
- Genossenschaftswesen und Genossenschaftsrecht in der Schweiz, Probleme und Entwicklungstendenzen, in: ZgGenW 1977, S. 149
- Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit - Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, Zürich 1978
- Funk, F., Kommentar des OR, Bd. II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951
- Funk, M., Begriff und Arten der eingetragenen Genossenschaft nach deutschem und Schweizer Recht, Diss. Erlangen 1929
- Gauch, P., Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, in: SAG 48 (1976), S. 139
- Gerwig, M., Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957
- v. Gierke, O., Das deutsche Genossenschaftsrecht (Bd. I Berlin 1868, Bd. II Berlin 1873, Bd. III Berlin 1881, Bd. IV Berlin 1913)
- Gmür, R., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965 (zitiert: Vergleich ZGB/BGB)
- Graner, P., Stellung, Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem revidierten Obligationenrecht, SAG 11, 1938/39, S. 117
- Granzow, W., Das Recht der deutschen Genossenschaften, Nr. 16 der Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1940

Grochla, E./Wittmann, W., Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 4. Aufl., Stuttgart 1975

Guhl, T., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Aufl., Zürich 1972

Das neue Genossenschaftsrecht der Schweiz - Zusammenhängende Darstellung, Zürich 1937

Gutzwiller, M., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1972-1974

Genossenschaft im Spiegel der Bundesgerichtlichen Judikatur, Freiburg (Schweiz) 1943, S. 211

Haab, W., Gedanken zur Kontrolle und Revision, in: Festschrift für Ernst Reber, S. 85, herausgegeben von der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, Zürich 1973

Handschin, H., Die schweizerische Konsumgenossenschaftsbewegung, Basel 1951

Hasselmann, E., Rochdaler Grundsätze im Wandel der Zeit, in: MDGK 1969, S. 240

Genossenschaftliche Demokratie - ein hoffnungsloser Fall?, in: MDGK 1969, S. 240

Häubi-Altorfer, H., Prüfungsverbände im Genossenschaftsrecht, Beitrag zum Seminar "Reformen im Gesellschaftsrecht"; veranstaltet von Meier-Hayoz/Forstmoser in Heiden 1975

Heini, A., Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen und schweizerischen Genossenschaftsrecht (zugleich eine Besprechung des Lehr- und Handbuches von H. Paulick), in: ZSR 80 (1961), I, S. 157

Henggeler, J., Das Kontrollrecht der Aktionäre nach OR 696/97, in: SAG 12 (1940), S. 151, 181 und 206

Henggeler, U., Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht - Eine Problemauswahl im Hinblick auf eine Reform des Genossenschaftsrechts, Zürich 1976

Henzler, R., Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. I, S. 51

Prüfungsverbände, Hamburg 1956

Genossenschaftswesen, Wiesbaden 1952

Henzler, R./Schmidt, F., Erfolgsanalyse und Prüfung der Genossenschaften, Karlsruhe 1966

Hirsch, A., L'Organe de contrôle dans la société anonyme, Thèse, Genève 1965

Hügi, W., Das Buchführungs- und Bilanzrecht der Genossenschaft unter besonderer Berücksichtigung der Verbandsrevision, Diss. Bern 1921

Jaeggi, J., Die Haftung der Verwaltung und der Kontrollorgane gegenüber der Genossenschaft, den Genossenschaftern und Gläubigern, Diss. Basel 1955

Jäger, W., Das Organisationssystem im Genossenschaftswesen der Bundesrepublik Deutschland, in: Werner u.a., Geschichte, Struktur und Politik der genossenschaftlichen Wirtschafts- und Marktverbände, Münster 1965

Jansen, P., Großkommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., Berlin 1970

Jolidon, P., Le contrôle (Die Revisionsstelle), in: SAG 48 (1976), S. 92

Klusak, G., Staatsaufsicht über Prüfungsverbände; rechtliche Stellung der Spitzenverbände, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. III, S. 235

Lang, J., Staatsaufsicht über Prüfungsverbände, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. III, S. 195

Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, bearbeitet von Baumann u.a., 30. Aufl., Berlin und New York 1974

Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969

Lehmann, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963 (zitiert: Lehmann, BGB)

Lembke, H., Bemerkungen zu den zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Genossenschaftsverband und Genossenschaft, in: ZgGenW 1973, S. 180

Der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Stimmrechts in der eingetragenen Genossenschaft, Diss. Erlangen 1973

Letschert, G., Der Aufsichtsrat der Genossenschaft, Wiesbaden 1949

Die genossenschaftliche Pflichtprüfung, 5. Aufl., Wiesbaden 1951

Loitlsberger, E., Treuhand- und Revisionswesen, 2. Aufl., Stuttgart 1961

Meier-Hayoz, A., Berner Kommentar zum ZGB: Einleitungsband zu Art. 1 ZGB, Bern 1967

Der Zug zur personalistischen Kapitalgesellschaft in der Schweiz, in: Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 303

- Meier-Hayoz, A., Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft. Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 377
- Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P., Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1974
- Meier-Hayoz/Schluep/Ott, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: ZSR 90 (1972), S. 193
- Wenzel, B., Genossenschaftswesen, Stuttgart 1966
- Meyer-Landrut, J. u.a., Aktiengesetz Großkommentar Bd. I, 2. Halbband §§ 76-147, 3. Aufl., Berlin und New York 1973
- Meyer, E.H./Meulenbergh, G., Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 12. Aufl., München 1975
- Moegelin, G., Der genossenschaftliche Erfolg als Maßstab für die Prüfung der Geschäftsführung, Diss. Berlin 1973
- Morger, H., Die Prüfungspflicht der internen und externen Kontrollstelle im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich/Winterthur 1957
- Moser, S., Wohnbaugenossenschaften, Zürich 1978
- Müller, K., Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Bd. I (§§ 1-42), Bielefeld 1976, Bd. II (§§ 43-931), Bielefeld 1980
- Parisius, L./Crüger, H., Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 11. Aufl.; Berlin und Leipzig 1928; 22. Aufl.; Berlin und Leipzig 1936
- Paulick, H., Das Recht der eingetragenen Genossenschaft - Ein Lehr- und Handbuch, Karlsruhe 1956
- Gedanken zur Reform des Genossenschaftsrechts, Neuwied 1951
- Parry, B.T., Control and Development in a Society. A report from the experience of a Chief Official = Co-operative College Papers No 11, Stanford, Longhborough (Leics.) England 1965
- Pedrazzini, M., Gesellschaftsrechtliche Entscheide, Bern 1974
- Peko-Kacic, I., Die geschichtliche Entwicklung des genossenschaftlichen Rechtsgedankens in der Schweiz seit der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zum Gesetz von 1936, Diss. Bern 1956
- Pestalozzi, Ch., Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft - Ein Beitrag zur Reform des schweizerischen Genossenschaftsrechts, Zürich 1977

- Reinhardt, R., Die Verfassung der Genossenschaft, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. II, S. 57
- Rheinstein, M., Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1974
- Riebandt-Korfmacher, A., Pflichtmitgliedschaft bei Prüfungsverbänden; Rechtsbehelfe gegen die Verweigerung der Aufnahme in einen Prüfungsverband, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. III, S. 23
- Zwei Sonderfragen zur Rechtsstellung der genossenschaftlichen Prüfungsverbände, in: Gemeinnütziges Wohnungswesen 1954, S. 67 und 119
- Prüfungsrecht der Aufsichtsbehörde, in: Gemeinnütziges Wohnungswesen 1954, S. 265
- Ronner, M., Aufsicht und Prüfung im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1936
- Schediwy, R., Die genossenschaftliche Verbandprüfung, Diplomarbeit Wien 1972
- Schmid, E.F., Genossenschaftsverbände, Diss. Zürich 1979
- Schmidt, F., Besonderheiten der Prüfung im Genossenschaftswesen, ihre Aufgabenstellung und Technik, in: Henzler/Schmidt, Erfolgsanalyse, S. 21
- Prüfung von Genossenschaften, 1968
- Schmidt-Bleibtreu, B./Klein, F., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Neuried und Berlin 1969
- Schmutzer, Treuebindung bei den Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften, 1955
- Schneider, J., Interne Kontrolle - Bestandteil der Unternehmensorganisation und Gegenstand der Abschlußprüfung, Diss. St. Gallen-Winterthur 1972
- Schnorr v. Carolsfeld, L., Kritische Bemerkungen zum Genossenschaftsrecht an Hand der geplanten Novelle von 1973, in: ZgGenW 1973, S. 7
- Schucany, E., Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960
- Schultz, D., Der Rechtsbegriff der Genossenschaft und die Methode seiner richtigen Bestimmung; entwickelt am Problem der Produktivgenossenschaft, Marburg/Lahn 1958
- Schulze-Delitzsch, H., Material zur Revision des Genossenschaftsgesetzes, Leipzig 1883
- Schumacher, C., Die Organe der Genossenschaft unter besonderer Berücksichtigung von Generalversammlung und Vertreterversammlung, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. II, S. 113

- Seibert, F., Prüfungstätigkeit des Aufsichtsrats in der Genossenschaft, Berlin 1937
- Sigg, L., Das oberste Organ in der Genossenschaft, eine Studie über die Vielfalt der genossenschaftlichen Willensbildung, Diss. Zürich 1954
- Stauffacher, W., Mitbestimmung im Verwaltungsrat der AG, Diss. Zürich 1974
- v. Steiger, F., Grundriss des schweizerischen Genossenschaftsrechts, 2. Aufl., Zürich 1963
- Sind die Aufgaben der Kontrollstelle bei der Genossenschaft umfassender als bei der AG?, in: SAG 1940 Nr. 3, S. 65
- Die Eintragung der Genossenschaft im Handelsregister, Zürich 1939
- Der Verwaltungsrat und sein Präsident. Aufgaben und Befugnisse, in: SAG 1939 Nr. 1, S. 1 und 29
- Steiner, E., Verschiedenartige Behandlung von AG und Genossenschaft im neuen Obligationenrecht, in: SAG 14, 1941/42, S. 95
- Straub, R., Die Überwachung der Unternehmungsentwicklung unter besonderer Berücksichtigung der Einzelhandelsunternehmung, Diss. Winterthur 1963
- Stupka, J., Objekte und Leistungen der genossenschaftlichen Verbandsprüfung, Tübingen 1962
- Weber, H.H., Die Kontrollstelle der AG nach geltendem Recht, insbesondere das Problem der Unabhängigkeit im aktienrechtlichen Prüfungswesen, Diss. Zürich 1961
- Westermann, H., Modernisierung des Genossenschaftsrechts - Ein Bericht zur Novelle zum Genossenschaftsgesetz, in: ZgGenW 23 (1973), S. 320
- Staatsaufsicht über Prüfungsverbände, in: Bundesjustizministerium, Reform Bd. III, S. 153
- Witte, E., Die Genossenschaft als Organisation, Vortrag auf der VII. Internationalen Genossenschaftstagung, Münster 1972
- Wöhe, G., Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1967
- Wolfer, H., Die Genossenschaftsverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1947
- Wulf, K., Der Verbandszwang im genossenschaftlichen Pflichtprüfungswesen, ein Beitrag zur Diskussion über die Reform des Genossenschaftsgesetzes, in: Die Wirtschaftsprüfung 1956, S. 297 und 326

- Wyss, A., Die Konsumgenossenschaftlichen Grundsätze in der Schweiz von den Anfängen bis zur Gegenwart, Diss. Zürich 1949
- Wyss, H.F., Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassung. Ein Beitrag zum Problem der aktienrechtlichen Publizität und des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, Diss. Zürich 1953
- Zirwas, R./Buchholz, P., Genossenschaftliches Prüfungswesen - Grundzüge des genossenschaftlichen Prüfungs- und Berufsrechts, Berlin 1938
- Zünd, A., Kontrolle und Revision in der multinationalen Unternehmung - Die Überwachung als Führungsmittel internationaler Konzerne, Bern und Stuttgart 1973

MATERIALIEN

1. Schweiz

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des OR, 1919; Entwurf Eugen Huber (zitiert: Entwurf Huber)

Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen OR, Bern 1920; Bericht Eugen Huber (zitiert: Bericht Huber)

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des OR, 1923; Entwurf Arthur Hoffmann (zitiert: Entwurf Hoffmann)

Protokolle der Expertenkommission betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen OR, 1926

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen OR, vom 21.2.1928, BBl. 1928 I (zitiert: Botschaft 1928)

Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen OR, Bern 1935; Bericht Arthur Hoffmann (zitiert: Bericht Hoffmann)

Kreisschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 20.7.1954 über die Kontrollstellen

Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1971

Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechts, erstattet von H. Tschopp und Chr. v. Greyerz, Lausanne/Bern 1972 (zitiert: Zwischenbericht Tschopp)

2. Deutschland

Gesetz von 1868 betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, BGBI. (Norddeutscher Bund) 1868, S. 415

Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1888/1889; Drucksache Nr. 28 Bd. 4; Drucksache Nr. 132 Bd. 5

Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften 1889, RGBI. Nr. 11, S. 55

Jahrbuch des DGV für 1935

Zur Reform des Genossenschaftsrechts, Referate und Materialien; herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bd. I Bonn 1956, Bd. II Bonn 1958, Bd. III Bonn 1959 (zitiert: Bundesjustizministerium, Reform; im Literaturverzeichnis unter dem Namen der einzelnen Verfasser der Beiträge)

Referentenentwurf eines Genossenschaftsgesetzes, herausgegeben vom Bundesjustizministerium - 3520/2 - Bonn, 23.2.1962

Vorbemerkungen

Die Ausgestaltung, die Kontrolle und Prüfung der Genossenschaft in den Wirtschafts- und Rechtsordnungen der einzelnen Staaten Europas erfahren haben, ist historisch aus den Bedürfnissen der genossenschaftlichen Praxis in diesen Staaten erwachsen¹. Es wurden - meist analog der der Rechtsordnung des einzelnen Staates innewohnenden grundsätzlichen Regelungstendenz - teils weitere, teils engere Reglementierungen² der Kontrolle und Prüfung vorgenommen. Die Gegenüberstellung der gesetzlichen und richterlichen Ausgestaltung der Kontrolle und Prüfung der Genossenschaft in der Schweiz, wo nach Fertigstellung der 1968 begonnenen Teilrevision des Aktienrechts

1 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 41, der ausführt, daß das heutige schweizerische Genossenschaftsrecht "zwar nicht vom Gesetzgeber formuliertes Gewohnheitsrecht" sei, "wohl aber ... vom Gesetzgeber geformte ständig beobachtete Übung der sogenannten echten Genossenschaften", also ihr ursprüngliches Statutarrecht sei. Als Beispiel nennt Gerwig den in den sieben Grundsätzen von Rochdale enthaltenen Grundsatz der demokratischen Verwaltung, der in Art. 854 und 856 im Obligationenrecht kodifiziert wurde.

2 Ein bei der Revision des schweizerischen Genossenschaftsrechtes im Jahre 1937 hervorstechendes Problem war die Frage, wie weit der Einbruch des jus cogens in die Privatautonomie gehen dürfe und wie weit er zu rechtfertigen sei, vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 57, 72 ff. Die deutsche Genossenschaftsgesetzgebung hingegen hat sich bemüht, die Rechtsverhältnisse der Genossenschaft bis in Einzelheiten zu kodifizieren, vgl. Paulick, Recht S. 33. Vgl. auch Gmür, Vergleich ZGB/BGB S. 44 f., der ausführt, daß das schweizerische Recht aufgrund seines germanisch-patriarchalischen Geistes diesen historischen Verbänden, die er als Genossenschaften im weitesten Sinn bezeichnet, einen bedeutenderen Platz einräumt als das obrigkeitsstaatliche deutsche Recht, das bemüht ist, genaue Schranken zu erstellen. Vgl. aber auch a.a.O. S. 181, wo Gmür ausführt, daß durch die Reform des schweizerischen Obligationenrechts von 1936/37 eine starke Annäherung an den Charakter des deutschen BGB stattgefunden hat.

auch eine Revision des Genossenschaftsrechtes ansteht³, und in der Bundesrepublik Deutschland, wo das Genossenschaftsrecht nach ausführlicher Reformdiskussion 1973 novelliert wurde⁴, erscheint besonders geeignet, unterschiedliche Regelungen von Kontrolle und Prüfung der Genossenschaft aufzuzeigen⁵.

Behandelt werden in dieser Darstellung - von einzelnen Randbetrachtungen abgesehen - grundsätzlich nur die Kontrolle und Prüfung, die sich aus dem Genossenschaftswesen und der diesbezüglichen Gesetzgebung herleiten, nicht jedoch die Kontroll- und Prüfungsvorschriften, die den einzelnen Wirtschaftszweigen entstammen, die die Genossenschaften zum Gegenstand ihres Geschäftsbetriebs machen. So sollen z.B. die spezialgesetzlichen Vorschriften der Versicherungs- und Kreditwirtschaft⁶ in der Regel nur ergänzend erwähnt werden.

3 Vgl. Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. XXXI sowie Forstmoser, Teilrevision S. 46 f., der allerdings diese Reform noch nicht in naher Zukunft erwartet, vgl. Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 283.

4 Vgl. Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9.10.1973 (BGBl. S. 1451 ff.).

5 Vgl. Paulick, Recht S. 44, der dafür plädiert, bei wissenschaftlichen Arbeiten oder auch bei Reformüberlegungen zum deutschen Genossenschaftsrecht "in viel stärkerem Maße als bisher" das Schweizer Genossenschaftsrecht rechtsvergleichend heranzuziehen, da es "mannigfache Vorzüge" besäße.

6 Vgl. zur Spezialgesetzlichkeit für die Schweiz das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908 und das Bundesgesetz vom 25.6.1885 betreffend die Beaufsichtigung von Privatunternehmen im Gebiet des Versicherungswesens sowie das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934; vgl. v. Steiger, Grundriss S. 17 f. sowie Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1971 S. 367. Vgl. für die Bundesrepublik Deutschland das Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 6.6.1931 (RGBl. I S. 315, 750).

Trotz dieser Einschränkung beabsichtigt diese Arbeit die vergleichende Darstellung eines ganzen Rechtsgebietes, nicht einzelner konkreter Details von Rechtsbereichen. Sie ist nach der von Max Rheinstein formulierten Einteilung von Rechtsvergleichen in Mikro- und Makrovergleichung⁷ eine Makrovergleichung, da sie den doch sehr großen Bereich der Kontrolle und Prüfung der Genossenschaft in beiden Gesetzeswerken ganz darstellen will. Für eine Mikrovergleichung hätte zum Beispiel schon der Vergleich des schweizerischen Verwaltungsrats und der Kontrollstelle mit dem deutschen Aufsichtsrat genug "Material" geboten. Es liegt in der Natur einer Makrovergleichung, daß sie der großen Linie folgen muß und nicht alle Randprobleme und alle Feinheiten behandelt, sondern diese oft nur kurz angetönt werden können.

⁷ Vgl. Rheinstein, Rechtsvergleichung S. 31 ff.

1. Einleitung

1.1. Ziel von Kontrolle und Prüfung

Seit ihrer Entstehung ist ein Wesensmerkmal der Genossenschaft, daß sie eine Vereinigung wirtschaftlich relativ Schwacher und Unerfahrener ist¹.

Auf den ersten Blick könnte diese Aussage heute zweifelhaft erscheinen, wenn man die allgemeine wirtschaftliche Prosperität und als herausgegriffenes Beispiel die Macht der Großgenossenschaft² im Wirtschaftsleben der Gegenwart betrachtet. Die Aussage ist jedoch dennoch gültig, denn erstens sind diese Großgenossenschaften oft atypische Genossenschaften³, zweitens sind, unter Berücksichtigung der Relativität der Charakterisierung als wirtschaftlich schwach und unerfahren, auch bei deren Mitgliedern diese Kriterien zu bejahen, da man sie im Vergleich zu den Mitgliedern anderer Vereinigungen des Wirtschaftslebens, wie etwa der Aktiengesellschaft, sehen muß⁴.

1 Vgl. Henzler/Schmidt, Erfolgsanalyse S. 22, Schediwy, Verbandsprüfung S. 9 sowie Schmidt, Besonderheiten S. 22.

2 Vgl. Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 203 ff. und Beck, Gigant.

3 Vgl. hierzu Forstmoser, Verwendung S. 347 ff., denselben, Grossgenossenschaften S. 77 ff. sowie Handschin, Konsumgenossenschaftsbewegung Abschnitt V: Die Migros-"Genossenschaft".

4 Als Beispiel seien hier die schweizerischen Darlehenskassen angeführt: gem. Blümle, Schweiz S. 162 besaßen von den 1121 Darlehenskassen, die Ende 1966 in der Schweiz bestanden, nur 94 einen hauptamtlichen Kassierer oder Verwalter, bei 194 besorgte ein Landwirt Kasse und Buchführung, bei 95 ein Gewerbetreibender, bei 454 ein Angestellter oder Arbeiter, bei 167 ein Pfarrer oder Lehrer, bei 59 ein Pensionist und bei 58 Darlehenskassen eine Hausfrau.

Die Genossenschaft diene von jeher der Mitgliederförderung durch Linderung oder bereits Verhinderung des Eintritts einer Notlage⁵, wohingegen bei der Mehrzahl der anderen Gesellschaftsformen, z.B. der Aktiengesellschaft, die Gewinnerzielung, also die Mehrung eines schon zu Anfang vorhandenen Vermögens der Mitglieder, das Ziel bildet. Folge dieser Ausgangslage ist, daß sich die Mitglieder der Genossenschaften in der Mehrzahl nicht aus den relativ wohlhabenden und wirtschaftlich erfahrenen Kreisen der Bevölkerung rekrutieren, sondern den sozial und wirtschaftlich schwachen Schichten entstammen⁶.

Der für diese Bevölkerungsschicht typische Mangel an kaufmännischer Erfahrung und der Mangel an Vermögen machen bei den Genossenschaften die - im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen - besonderen Kontroll- und Prüfungsmechanismen erforderlich⁷, da ihren geschäftsführenden Mitgliedern einerseits die Kenntnisse fehlen, ihre Chancen und Rechte im Wirtschaftsleben wahrzunehmen,

5 Vgl. Henzler, Neugestaltung S. 52, der alle genossenschaftlichen Zusammenschlüsse als "Reaktionserscheinungen" bezeichnet, da sie Reaktion im Sinne einer Gegenwirkung auf wirtschaftliche Schwäche, Bedrängnis, Unterlegenheit oder drohende Gefahr seien; sowie Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 1. Vgl. auch den von A. Egger, Revision, 1922 vor dem Schweizerischen Juristenverein gehaltenen Vortrag (in ZSR 41 (1922) S. 107a ff.), in dem er die Not als wesentliche Triebfeder der Genossenschaftsbildung herausstellt. Vgl. weiter Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 24.

6 Vgl. Blümle, Schweiz S. 119; Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 99.

7 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 27, der betont, daß bei der Genossenschaft - als Personengemeinschaft mit geringeren technischen Kautelen ausgestattet als die Kapitalgesellschaft und entsprechend größeren Risiken ausgesetzt - die Kontrollstelle zu einem Eckstein des Unternehmens wird; vgl. daneben auch Parry, Control S. 5: "It is often said that the Co-operative Movements' greatest weakness is the dearth of competent managers ...".

andererseits der Genossenschaft nicht das Vermögen zur Verfügung steht, um Fehler in der Geschäftsführung auszugleichen. Diesen Besonderheiten tragen die Gesetzgeber beider Länder durch die Schaffung von Kontrollvorschriften Rechnung. Der Zweck bzw. das gesetzpolitische Ziel⁸ dieser Kontroll- und Prüfungsvorschriften ist nicht nur die nachträgliche Feststellung von Mängeln, sondern schon deren Verhütung durch regelmäßige Kontrolle und Prüfung und damit bereits die Vermeidung von Fehlentwicklungen und Zusammenbrüchen. Die Kontrolle und Prüfung, die bei der Genossenschaft wesentlich auch den Charakter einer Beratung hat, hat für die Zielfindung der Genossenschaft hervorragende Bedeutung. Aus dem Vergleich des Leistungsergebnisses einer Wirtschaftsperiode mit den Erwartungen wird konkret erkennbar, welche Mängel sich in dieser Wirtschaftsperiode ergaben, woraus wiederum die Ziele für die kommende Wirtschaftsperiode beeinflusst werden⁹.

Je höher dabei das Kontrollniveau, desto höher ist auch die zukünftige Zielsicherheit und umgekehrt¹⁰. Eine zu weit gehende Kontrolle und Prüfung kann allerdings diesen "lernenden Regelkreis"¹¹ lähmen, statt ihn zu stimulieren. Schutzobjekte der Kontroll- und Prüfungsnormen

8 Der Gesetzgeber verfolgt mit einer gesetzlichen Regelung immer ein konkretes gesetzpolitisches Ziel. Hier nur vom Zweck zu sprechen, erscheint zu eng, vgl. zu diesem Problemkreis Meier-Hayoz, Kommentar Art. 1 Rdn. 192 ff. und Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 6 mit weiteren Nachweisen.

9 Vgl. zum kybernetischen Vorgang der Kontrolle und der Zielformulierung Witte, Organisation S. 47 ff., der sogar bewußt die Kontrolle vor die Zielfindung setzt, da von den Genossenschaftern eine vorausgreifende Zielvorgabe meist nicht erwartet werden könne.

10 Vgl. Witte, Organisation S. 48, der in diesem Zusammenhang auch auf den diesem Regelkreis immanenten Nachteil des "time lag" hinweist, welcher jedoch, da eine ex-ante-Zielformulierung nicht möglich sei, in Kauf genommen werden müsse.

11 Vgl. Witte, Organisation S. 48.

sind jedoch nicht nur die wirtschaftliche Existenz der einzelnen Genossenschafter¹², sondern auch die Gläubigerinteressen, die Arbeitnehmerinteressen und letztlich auch das öffentliche Interesse¹³.

1.2. Historische Entwicklung von Kontrolle und Prüfung

Es soll im folgenden ein kurzer historischer Abriß der Kontrolle und Prüfung der Genossenschaften gegeben werden, wobei bei der Betrachtung der Entwicklung in Deutschland der Schwerpunkt auf das nur der Genossenschaft eigentümliche Rechtsinstitut der Pflichtprüfung und Pflichtmitgliedschaft bei einem Prüfungsverband gelegt werden soll. Die historische Entwicklung anderer mit Kontrollaufgaben betrauter Organe der Genossenschaft, die jedoch, wie z.B. der Aufsichtsrat, nicht als Eigentümlichkeit nur der Genossenschaft zu betrachten sind, sondern von der älteren Gesellschaftsform, der Aktiengesellschaft¹⁴, übernommen wurden, wird nur gestreift.

12 Im folgenden wird zur Bezeichnung der Mitglieder einer Genossenschaft einheitlich der Begriff "Genossenschafter" gem. Obligationenrecht verwendet und nicht der im Genossenschaftsgesetz gewählte Begriff "Genosse". Der Begriffsunterschied ist rein sprachlicher Natur. Bis zum Genossenschaftsgesetz von 1889 (vgl. Ziff. 1.2.1.2.) wurde auch im deutschen Recht der Begriff "Genossenschafter" verwendet, und auch in den Reformvorschlägen der jüngsten Vergangenheit wurde für die Wiedereinführung dieses Begriffs plädiert, vgl. den Entwurf des Reichsjustizministeriums von 1938/39, zitiert nach Granzow, Recht S. 21 sowie Henzler, Genossenschaftswesen S. 117. Der heute vom Sozialismus geprägte Begriff "Genosse" erscheint dem Verfasser zur Benennung der Mitglieder der Genossenschaften aufgrund seines Bedeutungswandels weniger geeignet als der im schweizerischen Recht gebräuchliche Begriff "Genossenschafter".

13 Vgl. Stupka, Objekte S. 51.

14 Zu der bis in die Zeit der großen Handelskompagnien zurückreichenden Geschichte des Aufsichtsrats vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 35 ff.

Neben dieser in großen Zügen vorgehenden Schilderung wird sich bei der folgenden Behandlung des geltenden Rechts immer wieder Gelegenheit und Notwendigkeit ergeben, zum besseren Verständnis der Gegenwart geschichtliche Bezüge herzustellen.

1.2.1. Deutschland

1.2.1.1. Erste Entwicklungen

Die Ursprünge des genossenschaftlichen Kontroll- und Prüfungswesens reichen bis in die Anfänge des Genossenschaftswesens Mitte des letzten Jahrhunderts zurück¹⁵. Die Menschen, die als Mitglieder der neuen Gesellschaftsform in Frage kamen, waren die durch die Industrialisierung entwurzelten Arbeiter und Handwerker, das sogenannte "Proletariat", aber auch die kleinen Gewerbetreibenden und die kleinbäuerlichen Betriebe. Allen diesen Personen war gemeinsam, daß sie in der Regel nicht das kaufmännische und juristische Wissen besaßen, das zur Führung der Geschäfte der rasch größer werdenden Genossenschaften erforderlich war. Trotzdem übernahmen Mitglieder der Genossenschaften nebenamtlich die Geschäftsführung¹⁶,

15 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 16. Der Zusammenschluß der Menschen zu frei gebildeten Genossenschaften zur Erreichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zwecks geht bis ins germanische Mittelalter zurück, vgl. Büchner, Betrachtungen S. 123, als Beginn des Genossenschaftswesens der Neuzeit wird jedoch der Zusammenschluß der redlichen Pioniere von Rochdale im Jahre 1844 verstanden, vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 24 ff.

16 Eine Ausnahme bildeten die Volksbanken, bei denen schon von vornherein unter Mitwirkung von Schulze-Delitzsch Fachkräfte als Geschäftsführer eingesetzt wurden, vgl. Menzel, Genossenschaftswesen S. 22 f.

woraus sich bald Mißstände und wirtschaftliche Schwierigkeiten ergaben.

Man versuchte anfangs, die Probleme durch die Einsetzung von Wanderlehrern zu meistern, die den mit der Geschäftsführung betrauten Genossenschaftlern Rat erteilten und sie unterrichteten¹⁷. Da dies jedoch bei weitem nicht ausreichte, um die Unerfahrenheit der Geschäftsführer auszugleichen, gründeten die Erfahrungsaustausch suchenden Genossenschaften in eigener Initiative die ersten Genossenschaftsverbände, deren Hauptaufgabe bald die Beratung und periodische Prüfung der angeschlossenen Genossenschaften wurde. Schon im Jahre 1864 stellte der Verband der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom Mittelrhein den angeschlossenen Genossenschaften auf Verlangen einen sachkundigen Revisor zur Verfügung¹⁸.

Das Gesetz von 1868 betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften¹⁹, das auf dem preußischen Genossenschaftsgesetz von 1867 beruhte, berücksichtigte die bereits bestehenden Revisionsverbände nicht, sondern beschränkte sich auf wenige organisatorische Normen und überließ es der Genossenschaftsautonomie, die nötigen Bestimmungen für eine zuverlässige Kontrolle selbst zu treffen, was wiederum beträchtliche Probleme bereitete²⁰.

Das vom Gesetz fakultativ vorgesehene Organ des Aufsichtsrates wurde einerseits nicht von allen Genossenschaften geschaffen, andererseits konnte es auch die bestehenden Probleme nicht zufriedenstellend lösen, da seine Mitglieder gleichfalls den Reihen der Genossen-

17 Vgl. Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 2.

18 Vgl. Parisius/Crüger, 11. Aufl. S. 26.

19 BGBI. (Norddeutscher Bund) 1868 S. 415.

20 Vgl. Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1888/89, Drucksache Nr. 28 Bd. 4 Allgemeine Begründung Ia S. 206.

schaften entstammen mußten und damit hinsichtlich ihrer Effizienz bei der Kontrolle mit den in der Regel kaufmännisch versierten Aufsichtsräten der Aktiengesellschaften nicht zu vergleichen waren²¹.

1.2.1.2. Von der freiwilligen Prüfung zur Prüfungspflicht des Gesetzes von 1889

Da die Revisionsangebote der Verbände jedoch nur verhältnismäßig selten genutzt wurden, dauerten die Mißstände an²². Eine Reihe von Zusammenbrüchen führte dazu, daß sich viele Verfechter des Gedankens der periodischen Zwangsprüfung fanden, zu denen auch der neben Schulze-Delitzsch wirkende Begründer der ländlichen Genossenschaft, Raiffeisen, gehörte. Schulze-Delitzsch selbst war ein entschiedener Gegner der Zwangsprüfung, da er diese für einen unzulässigen Eingriff in die genossenschaftliche Selbstverwaltung hielt. Er propagierte statt dessen einen tüchtigen Aufsichtsrat als ständiges Kontrollorgan²³. Als jedoch der Abgeordnete Ackermann im Reichstag den Antrag stellte, der Kommunalbehörde Aufsichtsrechte einzuräumen²⁴, empfahl auch Schulze-Delitzsch die freiwillige Übernahme einer periodischen Prüfungspflicht als den zurückhaltenderen Eingriff in die genossenschaftliche Selbstverwaltung. 1881 beschloß der "Allgemeine Verbandstag der gewerblichen Genossenschaften" die Einrichtung regelmäßiger Prüfungen in den verbandsangehörigen Genossenschaften. Seit 1883 war die Prüfung dann von allen Verbänden vorgeschrieben²⁵.

21 Vgl. Bundesjustizministerium, Reform Bd. I S. 36.

22 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 153 ff.

23 Vgl. Schulze-Delitzsch, Revision S. 87.

24 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 16.

25 Vgl. Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 9 sowie Letschert, Pflichtprüfung S. 16 und 18.

Im Gesetz vom 1. Mai 1889²⁶ wurde diese freiwillig übernommene Pflichtprüfung gesetzlich verankert und bestimmt, daß die Einrichtungen und die Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung²⁷ mindestens jedes zweite Jahr durch einen nicht der Genossenschaft angehörenden sachverständigen Revisor geprüft werden mußten. Bei verbandsangehörigen Genossenschaften oblag diese Aufgabe dem vom Verband bestellten²⁸, bei verbandsfreien Genossenschaften einem gerichtlich bestellten Revisor. In der Begründung dieses Gesetzes ist deutlich das Primat der möglichst uneingeschränkten genossenschaftlichen Selbstverwaltung gegenüber dem Institut einer förmlichen Staatsaufsicht zu erkennen²⁹: Ausdrücklich wurde hervorgehoben, daß die Verbände aufgrund ihrer Sachkenntnis und ihres persönlichen Interesses am Florieren der angeschlossenen Genossenschaften am besten in der Lage seien, Mißstände,

26 Vgl. Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften vom 1.5.1889 (RGBl. Nr. 11 S. 55) § 53.

27 In allen Zweigen der Verwaltung bedeutete, daß der Gesetzgeber wollte, daß die Revision sich "... keineswegs auf eine bloß kalkulatorische Kontrolle der Bilanzen und Geschäftsbücher der Genossenschaften beschränken" dürfe, sondern die Untersuchung des Revisors müsse sich daneben "... wesentlich auf die materielle Seite der Geschäftsführung und die hierbei befolgten Grundsätze sowie auf das Funktionieren der Genossenschaftsorgane und die sonstigen Einrichtungen der Genossenschaft richten.", vgl. Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1888/89, Drucksache Nr. 28 Bd. 4 Besondere Begründung IV S. 225.

28 Vgl. zur Bestellung §§ 54 bis 60 GenG a.F. sowie zur selbständigen Stellung des Revisors Flender, Rechtsstellung S. 85 f.

29 Vgl. Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1888/89 Drucksache Nr. 28, Bd. 4 Allgemeine Begründung I a S. 206 und Besondere Begründung IV S. 225.

die bei der Revision etwa zutage träten, zu beseitigen³⁰. Auch erschien dem Gesetzgeber wegen der Anzahl und der Verschiedenartigkeit der Genossenschaften eine Staatsaufsicht praktisch undurchführbar³¹. Im Interesse der Genossenschaften und besonders der Allgemeinheit hielt es der Gesetzgeber jedoch für unbedingt erforderlich, als Minimum die Einführung "nutzbringender Revisionseinrichtungen" verbindlich zu machen³². Die Ausgestaltung der Revision blieb allein Sache der Verbände, die in der Regel nicht nur eine rechnerische Prüfung, sondern eine ins Detail gehende Betreuungsprüfung vornahmen, die mit einer entsprechenden Beratung der Geschäftsführung der Genossenschaft einherging.

Die Einflußnahme des Staates beschränkte sich auf Verleihung und Entzug des Rechtes, den Revisor zu bestellen, eine Überwachung der Prüfungstätigkeit war nicht gewollt³³.

Neben der Einführung der periodischen Pflichtrevision hielt der Gesetzgeber jedoch auch am Erfordernis des Aufsichtsrates fest und schrieb sein Vorhandensein als Gründungsvoraussetzung für alle neu zu gründenden Genossenschaften vor³⁴. Dadurch sollte im Gegensatz zur periodischen, von seiten der Verbände erfolgenden Revision die dauernde Kontroll- und Beratungstätigkeit durch ein inneres, mit Genossenschaftlern besetztes und mit den individuellen Problemen der einzelnen Genossenschaft noch vertrauterer Organ erhalten bleiben. In dem Umstand, daß diese Vorschriften über Ausgestaltung und Aufgaben des

30 Vgl. ebenda, Allgemeine Begründung IV d und e sowie den Kommissionsbericht, Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1888/89, Drucksache Nr. 132, Bd. 5, Ausführungen der Regierungsvertreter zu §§ 49-60, Abs. 1, 4, 9 und 15.

31 Vgl. Bundesjustizministerium, Reform Bd. I S. 37.

32 Vgl. Riebandt-Korfmacher, Pflichtmitgliedschaft S. 27.

33 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 156.

34 Vgl. § 9 GenG vom 1.5.1889 (RGBl. Nr. 11 S. 55).

Aufsichtsrates der Genossenschaften trotz der bedeutenden Zahl der zum Genossenschaftsgesetz ergangenen Änderungsgesetze noch heute in der 1889 festgelegten Form bestehen³⁵, kann ein Indiz für die zufriedenstellende Tätigkeit dieses Organs gesehen werden. Seine Grenzen lagen jedoch in dem in ihm vertretenen Laienelement (ausschließlich Genossenschafter)³⁶, welches die ergänzende Tätigkeit des Prüfungsverbandes erforderlich machte³⁷.

1.2.1.3. Weitere Entwicklung bis zur Pflichtverbandszugehörigkeit der Gesetzesnovelle von 1934

Es zeigte sich bald, daß das neue Gesetz von 1889 hinsichtlich des Prüfungswesens verschiedene - zum Teil aus dem Kompromiß zwischen dem Gedanken der Zwangsprüfung und dem der freiwilligen Prüfung³⁸ entstandene - Lücken aufwies, wie z.B. die Frage, ob Träger der Prüfung der Verband oder der von diesem bestellte Revisor sei, oder welchen Umfang die Prüfung haben müsse. Neben diesen

35 An Änderungen, die überhaupt den Aufsichtsrat betreffen, sind nur zu nennen das Gesetz vom 20.12.1933 (RGBl. I S. 1089), wonach die Generalversammlung auch über die Entlastung des Aufsichtsrates zu beschließen hat, sowie § 77 Abs. III Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952 (BGBl. I S. 681) über die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats von Genossenschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern und als letzte Änderung die Angleichung der Verantwortlichkeit an die des Vorstandes gem. § 41 GenG in der Fassung der Novelle vom 9.10.1973 (BGBl. I S. 1451).

36 Die Beschränkung auf Genossenschafter wurde auch im Gesetz von 1889 nicht fallengelassen, da man in der Haftpflicht der Genossenschafter ein wirksames Moment für das Interesse an der richtigen Leitung und Beaufsichtigung der Genossenschaft sah, vgl. Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1888/89, Drucksache Nr. 28, Bd. 4 Besondere Begründung III S. 222.

37 Vgl. Reinhardt, Verfassung S. 64.

38 Vgl. Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 28.

durch die Rechtsprechung³⁹ und durch die Verbände selbst⁴⁰ lösbaren offenen Fragen ergab die Arbeit mit dem Gesetz jedoch auch offensichtliche Fehlregelungen, wie die Möglichkeit, aus dem Verband auszutreten und die Prüfung durch gerichtlich bestellte Revisoren zu beantragen. Diese Prüfung hatte sich als nicht zufriedenstellend erwiesen. Oft war sie nur leere Formsache, da die Verbandsrevisoren sich meist weigerten, auf gerichtliche Bestellung hin für nicht verbandsangehörige Genossenschaften tätig zu werden⁴¹.

Eine offensichtliche Folge dieser unzureichenden Regelung war die Liquidation einer überdurchschnittlich hohen Zahl verbandsfreier Genossenschaften während der Wirtschaftskrise der Jahre 1929 und 1930⁴².

Das konkret auslösende Moment für die Reform des Prüfungsrechts war die Situation in der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft⁴³. Bei den wegen der Beteiligung öffentlicher Mittel vom Staat mit besonderer Aufmerksamkeit bedachten Wohnungsbauunternehmen, deren Mehrzahl die Rechtsform der Genossenschaft hatte (Bauver-

39 Vgl. zur Frage des Trägers der Prüfung RGZ 78 S. 143, wo von einem Schuldverhältnis zwischen Verband und zu prüfender Genossenschaft ausgegangen wird, sowie Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 20, Parisius/Crüger, 11. Aufl. § 55 Anm. 4 und 8; die Gegenmeinung, daß der Revisor Träger der Prüfung sei, wurde vertreten von Bredenbreucker, H., in BlfGenW 1936 S. 729 und 745 sowie von Paulick, Gedanken S. 44.

40 Der Genossenschaftstag in Hamburg 1930 stellte fest, daß die Einrichtungen und die Geschäftsführung der Genossenschaften nicht nur formell, sondern auch materiell zu prüfen seien. Entsprechende Regelungen wurden in den Statuten der Genossenschaftsverbände aller Geschäftssparten festgeschrieben, vgl. hierzu Letschert, Pflichtprüfung S. 19 f.

41 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 23 sowie Parisius/Crüger, 11. Aufl. § 61 Anm. 1.

42 Vgl. Bundesjustizministerium, Reform Bd. I S. 37.

43 Vgl. Riebandt-Korfmacher, Pflichtmitgliedschaft S. 28 f.

eine), wurden zuerst einschneidende Vorschriften eingeführt, die Sicherheit und Zuverlässigkeit dieser Unternehmen garantierten. Die Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1.12.1930, Kapitel III des 7. Teils⁴⁴, kurz Gemeinnützigkeitsverordnung genannt, führte bei den gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen regelmäßige Pflichtprüfungen und die Pflichtmitgliedschaft bei einem Verband von Wohnungsbauunternehmen ein, der zugleich genossenschaftlicher Revisionsverband war⁴⁵.

Ein maßgeblicher Schritt auf dem Weg zur Prüfungsnovelle von 1934 war die Verordnung des Reichspräsidenten über die Deutsche Zentralgenossenschaftskasse und das genossenschaftliche Revisionswesen vom 21.10.1932⁴⁶, worin die Reichsregierung ermächtigt wurde, Vorschriften zur Änderung und Ergänzung des Genossenschaftsgesetzes zu treffen, die eine wirksame Revision und eine sachgerechte Aufstellung des Jahresabschlusses garantieren sollten. Infolge politischer Änderungen unterblieb diese Maßnahme, jedoch wurden die Programmpunkte in die Neuregelung des genossenschaftlichen Prüfungswesens übernommen⁴⁷, die durch das Gesetz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 30.10.1934⁴⁸, der sogenannten Prüfungsnovelle, kodifiziert wurde.

44 RGBl. I S. 517 und 593.

45 Vgl. Riebandt-Korfmacher, Pflichtmitgliedschaft S. 29.

46 RGBl. I S. 503 sowie Abdruck der Bestimmung über die Genossenschaftsprüfung auch bei Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 27.

47 Vgl. Parisius/Crüger, 22. Aufl., Vorbemerkung zu § 53 S. 140.

48 Vgl. das Gesetz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 30.10.1934 (RGBl. I S. 1077) und die Verordnung über das Inkrafttreten vom 4.12.1934 (RGBl. I S. 1227).

1.2.1.4. Die Prüfungsnovelle von 1934

Das neue Gesetz behob die Unzulänglichkeiten und Lücken der Prüfung und stellte das genossenschaftliche Prüfungswesen auf fundamental neue Rechtsgrundlagen⁴⁹.

Die hervorragenden Neuerungen⁵⁰ waren die Verschärfung der materiellen Prüfungsvorschriften (§ 53), wodurch die Prüfung auch auf die Vermögenslage der Genossenschaften ausgedehnt wurde, und ihre Häufigkeit von der Größe der Genossenschaft abhängig gemacht wurde (§ 53 Abs. 1 Satz 2), die Bestimmung (§ 55), daß der Verband der Träger der Prüfung sei, die Erweiterung seiner Befugnisse bei der Prüfung wie auch bei der Sicherung der Prüfungsergebnisse (§§ 58 - 60), weiter die Zwangsgliedschaft aller Genossenschaften bei einem Prüfungsverband (§ 54, 54a) und die Statuierung dieser Mitgliedschaft als Voraussetzung für die Gründung von Genossenschaften (§ 11 Abs. 2 Nr. 4). Auch die staatliche Verleihung des Prüfungsrechts wurde an strenge Voraussetzungen geknüpft (§ 63a), es wurden bestimmte Berufsqualifikationen für die Verbandsprüfer gefordert (§ 63b Abs. 5) und durch die Einführung der staatlichen Überwachung der Prüfungstätigkeit (§ 64) eine laufende staatliche Aufsicht sichergestellt.

49 Faktisch hatte die Mehrzahl der Genossenschaften und Genossenschaftsverbände die Bestimmung des neuen Gesetzes durch entsprechende Regelungen in den Statuten zum Teil bereits eingeführt, so waren die verbandsfreien Genossenschaften damals schon zu einer verschwindenden Minorität zusammengeschmolzen, vgl. Jahrbuch des DGV für 1935, zitiert bei Letschert, Pflichtprüfung S. 23.

50 Die Darstellung soll hier auf eine kurze Zusammenfassung beschränkt bleiben, da die 1934 geschaffene Neuordnung auch heute noch volle Gültigkeit besitzt und deshalb ausführlich unter Ziff. 2.7. dargestellt wird.

Um eine eigene wirtschaftliche Betätigung der Verbände auszuschließen wurde weiter bestimmt, daß die Prüfungsverbände nicht die Rechtsform der Genossenschaft, sondern die des Idealvereins haben sollen (§ 63b Abs. 1) und daß sie außer der Prüfung und der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder - wozu unter anderem auch eigene für die Mitglieder getätigte wirtschaftliche Transaktionen gehören können⁵¹ - keine anderen Zwecke verfolgen dürfen (§ 63b Abs. 4).

1.2.1.5. Von 1934 bis zur Reformdiskussion zwischen 1954 und 1963

Das 1934 neu gefaßte Gesetz wurde einige Jahre später in der Denkschrift des Ausschusses für Genossenschaftsrecht der Akademie für Deutsches Recht⁵² zwar grundsätzlich positiv beurteilt, jedoch wurden aufgrund verschiedener Mängel, die sich in der Praxis gezeigt hatten und die ihre Ursache im Versagen der verantwortlichen Personen und in Fehlentwicklungen des Genossenschaftswesens hatten, vom Reichsjustizministerium im Entwurf 1938/39 verschiedene Änderungen vorgeschlagen⁵³, die dann in der Reformdiskussion zwischen 1954 und 1963 eine Rolle spielten⁵⁴.

In der Zeit vom 16.3.1948 bis zum 25.8.1950 waren die §§ 54 und 11 Abs. 2 Nr. 4, die den Anschlußzwang bein-

⁵¹ Parisius/Crüger, 22. Aufl. § 63b Anm. 5, sowie Müller, Kommentar § 63b Rdn. 9.

⁵² Vgl. Granzow, Recht S. 23.

⁵³ Vgl. die ausführliche Erörterung dieser Änderungsvorschläge bei Caspers, Verfassung S. 83 ff.

⁵⁴ Infolge des Zusammenbruchs des Deutschen Reichs und der damit verbundenen Neuordnung aller Bereiche, wurde die Reformdiskussion für einen langen Zeitraum unterbrochen.

halteten, von der alliierten Militärbehörde vorübergehend außer Kraft gesetzt, da man fälschlich annahm, sie enthielten nationalsozialistisches Gedankengut.

Im Rahmen der 1954 vom Bundestag in Auftrag gegebenen Überprüfung des Genossenschaftsrechts⁵⁵ wurden neben anderen Reformpunkten der Anschlußzwang und die durch den Verband zu entscheidende Zulassung der noch in Gründung befindlichen Genossenschaft zur Eintragung im Genossenschaftsregister diskutiert⁵⁶.

Man hatte Bedenken, ob der Anschlußzwang nicht den Verfassungsgrundsatz der sogenannten negativen Vereinsfreiheit⁵⁷ verletzte.

Der 1962 verabschiedete Referentenentwurf für eine Reform des Genossenschaftsgesetzes enthielt - trotz zahlreicher Gegenstimmen⁵⁸ - in § 145 den Vorschlag,

55 Beschluß des deutschen Bundestages vom 21.7.1954.

56 Vgl. Bundesjustizministerium, Reform Bd. I S. 38 ff.

57 Vgl. zum Begriff der negativen Vereinsfreiheit Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz Art. 9 Rdn. 7 sowie Riebandt-Korfmacher, Pflichtmitgliedschaft S. 62 ff. Vgl. auch Ziff. 2.7.2.

58 Die Argumente für die Verfassungsmäßigkeit des Anschlußzwangs beruhen darauf, daß die Vereinsfreiheit - wie auch die negative Vereinsfreiheit - durch den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit begrenzt ist, und daher der Schutz der Genossenschafter wie auch der Dritten das höherrangige Rechtsgut darstellt, vgl. zusammenfassend Barth, Mitgliedschaft S. 62 bis 69 sowie Riebandt-Korfmacher, Pflichtmitgliedschaft S. 62 bis 68; vgl. weiter die Darstellung des Problems aus dem de-lege-ferenda-Blickwinkel v. Caemmerer, Pflichtmitgliedschaft S. 7 sowie das Rechtsgutachten von F. Klein, Die Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft in Prüfungsverbänden, Münster 1957 und die Ausführungen von Barth, Mitgliedschaft S. 59 ff.

den Anschlußzwang einzuschränken⁵⁹. Dieser Vorschlag wie auch andere Teile des Entwurfs gingen an der Wirklichkeit des deutschen Genossenschaftswesens vorbei und standen mit den Interessen der Genossenschaften im Widerspruch⁶⁰. Deshalb wurde er nicht verwirklicht und eine Reform des deutschen Genossenschaftsrechts bis heute nicht durchgeführt. Man beschränkte sich vielmehr darauf, das bestehende Genossenschaftsrecht durch eine Novelle an die geänderten Verhältnisse anzupassen.

1.2.1.6. Die Novelle vom 9.10.1973

Durch diese Novelle⁶¹ wurden die bewährten Vorschriften über Prüfungswesen und Verbandsprüfung nicht eingeschränkt⁶². Erweiterungen erfuhr das Prüfungsrecht jedoch durch die Neufassung von § 11 Abs. 2 Nr. 4 GenG, wonach es gesetzliche Pflicht des Prüfungsverbandes wurde, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der die Eintragung ins Genossenschaftsregister begehrenden Genossenschaft zu begutachten, sowie durch die Einfügung des § 11 a GenG, wodurch analog zu § 38 AktG eine formelle und materielle registergerichtliche Gründungsprüfung eingeführt wurde⁶³.

59 Als Begründung wurde angeführt, der Anschlußzwang stelle einen Verstoß gegen die negative Vereinsfreiheit dar, vgl. Bundesjustizministerium, Erläuterungen zum Referentenentwurf S. 279 ff. Vgl. zur Begründung dieser Auffassung auch Wulf, Verbandszwang S. 300 und 329.

60 Vgl. Schumacher, Genossenschaftsgesetze S. 190 ff.

61 BGBI. I S. 1451 ff.

62 Vgl. Westermann, Modernisierung S. 321, der betont, daß diese Beibehaltung (bzw. sogar Erweiterung durch die Einführung der Gründungsprüfung gem. § 11 Abs. 2 Ziff. 4 GenG) in Anbetracht der vorausgegangenen Diskussion der verfassungsmäßigen Bedenken, beachtlich sei.

63 Weitere, durch dieses Gesetz vollzogene Änderungen, die sich auf Kontrolle und Prüfung auswirken, werden in der Folge im sachlichen Zusammenhang behandelt.

1.2.2. Schweiz

Das schweizerische Recht der Genossenschaften hat, obgleich es von der deutschen Gesetzgebung beeinflusst wurde⁶⁴, eine eigenständige Entwicklung genommen⁶⁵. Das für den schweizerischen Gesetzgeber typische Vertrauen in die Fähigkeit seiner Bürger, ihre Angelegenheiten selbst zufriedenstellend zu regeln, und die daraus resultierende ganz außerordentlich große Zurückhaltung bei der Einschränkung der Privatautonomie durch Gesetznormen⁶⁶ hat sich auch auf dem Gebiet der Kontrolle und Prüfung ausgewirkt.

64 Vgl. Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 30. Daneben wurde das schweizerische Genossenschaftsrecht auch durch das englische Genossenschaftsrecht beeinflusst, vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 33 und 37, Funk, Begriff § 2, sowie Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 23.

65 Vgl. Schediwy, Verbandsprüfung S. 41.

66 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 57, 72 ff., 77 sowie Gmür, Vergleich ZGB/BGB S. 65, der von dem "historisch verwurzelten Bedürfnis der Schweizer ..., ihre Verhältnisse durch Gründung genossenschaftlich organisierter, selbstverantwortlicher Körperschaften und den Beitritt zu solchen autonom gestalten zu können" spricht. Vgl. auch den gerade in unserer Zeit der Konzentrationsprozesse überdenkenswerten Ausspruch von Blümle, Schweiz S. 168: "Es bleibt wohl das Merkmal einer gesunden Gesellschaft und einer soliden Staatsordnung, wenn der Schwerpunkt der Verantwortung auf möglichst breiter Basis in den kleinen, echten Gemeinschaften liegt, wenn möglichst viel soziales, wirtschaftliches, geistiges und politisches Eigenleben in möglichst vielen kleinen und kleinsten Selbstverwaltungs-Institutionen lebt."

1.2.2.1. Das Obligationenrecht vom 14.6.1881 und die damalige Praxis

Eine überkantonale⁶⁷ gesetzliche Regelung des genossenschaftlichen Komplexes findet sich im Gesetz von 1881⁶⁸, durch das das Obligationenrecht für die ganze Schweiz vereinheitlicht wurde. Dieses Gesetz, das eine besonders liberale Regelung des Rechts der Genossenschaft vorsah und in dem zwingendes Recht weitgehend fehlte⁶⁹, enthielt in Art. 705 folgende Vorschriften der Kontrolle und Überwachung der Geschäftsführung:

"Die Genossenschaft kann dem Vorstände einen Ausschuss sowohl zur Überwachung der Geschäftsführung (Aufsichtsrath) als nach Umständen zur Mitwirkung bei wichtigen Geschäften (Verwaltungsrath) beiordnen oder die Kontrolle einem oder mehreren Sachverständigen übertragen.

Wer als Mitglied des Vorstandes oder eines Ausschusses oder als Bevollmächtigter für die Genossenschaft handelt, darf, wenn die Prüfung dieser Geschäfte und Kontrollmassregeln in Frage stehen, nicht mitstimmen."

Dieses Gesetz ordnete also ein Kontrollorgan noch nicht zwingend an, sondern sah nur die freiwillige Einrichtung eines derartigen Organs im Rahmen der Genossenschaftsautonomie vor⁷⁰. Falls die Genossenschaft sich jedoch

67 Im Zürcher Zivilgesetzbuch von 1856 findet sich z.B. bereits eine Regelung unter dem ungenauen Begriff "dauernd organisierte Personenverbindung".

68 Vgl. OR vom 14. Juni 1881 Titel 27 Art. 678 bis 715 in AS 1881 S. 784 bis 793.

69 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 208 bis 210; Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 82; v. Steiger, Grundriss S. 10 sowie Ab-Yberg, Haftung S. 17.

70 Auch die Generalversammlung war nur als fakultatives Organ vorgesehen, obligatorisch war nur der Vorstand verlangt, vgl. Peko-Kacic, Entwicklung S. 45.

für eine Kontrolle entschied, sah der Gesetzgeber gemäß Abs. 2 des Art. 705 die Tätigkeiten Geschäftsführung und Überwachung hinsichtlich ein und derselben Angelegenheit als inkompatibel an und verbot deshalb, daß derjenige, in dessen Person sich diese Doppelfunktion realisierte, an der Abstimmung teilnahm⁷¹. In der Praxis erkannten die meisten Genossenschaften die Notwendigkeit einer Kontrolle⁷² und beriefen in der Generalversammlung einzelne Genossenschafter zu Revisoren mit der Aufgabe, die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz zu prüfen und der Generalversammlung über das Ergebnis dieser Prüfung zu berichten. Auch den Verbänden, zu denen sich manche schweizerischen Genossenschaften schon sehr früh zusammengeschlossen hatten⁷³, wurden freiwillig mehr und mehr Revisionsaufgaben und -kompetenzen übertragen⁷⁴.

71 Diese Inkompatibilitätsregelung, die in Anbetracht des sonstigen Mangels an zwingendem Recht besonders erstaunt, war eine Folge der in diesem Gesetz noch in vielen anderen Bestimmungen erkennbaren Parallelen zur Aktiengesellschaft (vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 82 ff.). Im Zuge der entschiedenen Abgrenzung von der Aktiengesellschaft (vgl. Bericht Hoffmann S. 97 ff.; v. Steiger, Grundriss S. 11; Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 103) empfand der Gesetzgeber nach Meinung des Verfassers bei an sich gleicher Behandlung der Kontrollstelle der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft die Forderung der Inkompatibilität, welche für die Aktiengesellschaft noch verschärft wurde (vgl. OR Art. 727 Abs. 2 Satz 2), bei der Genossenschaft als zu weitgehend, da wirtschaftlich nicht wünschenswert und nicht erforderlich. Eine von mehreren Autoren bezweifelte Auffassung (vgl. hierzu im einzelnen und zur Inkompatibilität Ziff. 2.6.1.1.1).

72 Vgl. Hügi, Verbandsrevision S. 61.

73 Vgl. Wyss, Grundsätze S. 119 ff. (122), der die erste erfolgreiche Verbandsprüfung auf 1890 datiert.

74 Vgl. Hügi, Verbandsrevision S. 65 sowie Blümle, Schweiz S. 167 f., wonach der Verband Schweizerischer Darlehenskassen bereits 1902 die Revision der angeschlossenen Kassen als eine der wichtigsten Aufgaben in den Statuten aufführte.

1.2.2.2. Der Entwurf von Eugen Huber im Jahre 1919 und die folgenden Debatten

Der Entwurf⁷⁵, in dem der zur Aktiengesellschaft konträre Charakter der Genossenschaft als Personenvereinigung⁷⁶ noch immer nicht klar herausgestellt war⁷⁷, enthielt gegenüber dem alten Obligationenrecht eine beträchtliche Verschärfung der Kontroll- und Prüfungsvorschriften.

1.2.2.2.1. Kontrollstelle

Neben der Einführung der Kontrollstelle als notwendigem Organ der Genossenschaft in Art. 838 schlug Huber zusätzlich in Art. 839 eine unterschiedliche Kontrolle von großen und kleinen Genossenschaften vor⁷⁸. Art. 839 lautete:

"Genossenschaften mit einem Kapital von mindestens 1 Million oder mindestens 500 Mitgliedern sind verpflichtet, die Kontrolle entweder durch Treuhandgesellschaften oder durch Revisionsverbände vornehmen zu lassen, oder die Kontrollstelle mindestens zur Hälfte mit technisch gebildeten Sachverständigen zu besetzen."

75 Entwurf Huber.

76 Vgl. zum Kriterium Personenvereinigung die Bundesrätliche Botschaft vom 21.2.1928 (BB1.1928 I S. 285).

77 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 93, 96 f.; Pekokacic, Entwicklung S. 57 sowie Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 214 und 216.

78 Ein Kriterium, dessen Berechtigung in der schweizerischen Literatur wieder verstärkt diskutiert wird, vgl. Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 291 f. sowie § 53 Abs. 1 Satz 2 deutsches GenG, wonach Genossenschaften mit einer Bilanzsumme über 1 Million DM nicht nur jedes zweite Jahr, sondern jedes Jahr zu prüfen sind.

Huber hielt also für die großen Genossenschaften die Überwachung nur durch eine eventuell mit kaufmännischen Laien besetzte interne Kontrollstelle für unzureichend und plädierte für die Unterwerfung der großen Genossenschaften unter erhöhte Vorschriften in bezug auf Publizität und Kontrolle⁷⁹.

Im Laufe der Diskussion dieses Entwurfes kam man jedoch zu der Überzeugung, daß die Einheitlichkeit der genossenschaftlichen Publizitäts- und Kontrollvorschriften höher zu bewerten sei als eine differenzierte Behandlung kleiner und großer Genossenschaften. Auch die Mindestanforderung des Art. 839, bei großen Genossenschaften "die Kontrollstelle mindestens zur Hälfte mit technisch gebildeten Sachverständigen zu besetzen", der sich auch Egger⁸⁰ angeschlossen hatte, wurde nicht akzeptiert, da man die Auffassung vertrat, daß die von einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft⁸¹ für das Publikum ausgehende Gefahr in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Größe der Gesellschaft stünde⁸².

1.2.2.2.2. Verbände

Neben dem Kriterium der Größe sah der Entwurf Huber eine Überwachung aller in Verbänden zusammengeschlossenen

79 Vgl. Bericht Huber S. 44; vgl. auch Peko-Kacic, Entwicklung S. 55 f.

80 Vgl. Egger, Revision S. 216a ff.

81 Man war der Meinung, daß es bei dem Komplex der Kontrolle gerechtfertigt sei, Aktiengesellschaft und Genossenschaft gleich zu behandeln.

82 Vgl. Bericht Hoffmann S. 76 und 118 f. Die Bedeutung des Kriteriums "Größe", das sich bei der Aktiengesellschaft in Form des Art. 723 OR doch durchsetzte, wird heute auch für die Genossenschaft anerkannt, vgl. Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 291 f.

Genossenschaften durch den jeweiligen Verband vor und empfahl in Art. 840 eine entsprechende Ermächtigungsnorm:

"Bestehen Verbände von Genossenschaften, so sind die Verbandsorgane befugt, darüber zu wachen, dass die Statuten der einzelnen Genossenschaften mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmen und dass die Beschlüsse der Genossenschaften und der Verwaltungsorgane den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften entsprechen."

...

"Sie können über die Verwaltung der einzelnen Genossenschaften alle Auskünfte verlangen und Erhebungen vornehmen, die im Interesse des Verbandes liegen."

Eine zwingende Prüfung durch die Verbände, wie sie in Deutschland eingeführt worden war⁸³, wurde also nicht vorgeschrieben, der Verband wurde nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, die angeschlossenen Genossenschaften zu überwachen. Das Ausmaß der Überwachung sollte genau festgelegt werden und sich auf die Buchführung, die Gewinn- und Verlustrechnung und die Prüfung der Gesetzes- und Statutentreue, nicht jedoch auf die gesamte Geschäftsführung erstrecken⁸⁴.

83 Vgl. zu den Verpflichtungen Prüfung und Verbandszugehörigkeit das Gesetz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 30.10.1934 (RGBl. I S. 1077) §§ 53, 54 und 55 sowie oben Ziff. 1.2.1.4.

84 Die Kontrolle sollte nicht weiter gehen als die der Aktiengesellschaft, vgl. Egger, Revision S. 216a bis 219a, der auch die Auffassung vertrat, daß die Revisoren mit einer sachlichen Prüfung der Geschäftsführung überfordert seien; gleicher Auffassung Hoffmann, vgl. Entwurf Hoffmann S. 119: "... in der Umschreibung der Tätigkeit der Kontrollstelle nehmen wir auch hier davon Umgang, ihr etwas aufzubürden, was sie nach den Erfahrungen des geschäftlichen Lebens nicht leisten kann."

1.2.2.3. Vom Entwurf von Altbundesrat Hoffmann bis zum Obligationenrecht vom 18.12.1936⁸⁶

Der Entwurf Hoffmanns⁸⁷ folgt in vielen Punkten der vornehmlich von Egger formulierten Kritik am Entwurf Hubers⁸⁸ und enthält wesentlich mehr ius cogens als dieser⁸⁹, entscheidet sich jedoch hinsichtlich der externen Prüfung der Genossenschaften für eine besonders liberale Lösung, indem er der Genossenschaft die Einschaltung von Treuhandgesellschaften oder Revisionsverbänden freistellte⁹⁰. Diese gegenüber der Aktiengesellschaft-Gesetzgebung⁹¹ liberale Fassung der Überwachungsvorschriften, die sich auch im Fehlen der Verpflichtung der Verwaltung zur externen Bilanzprüfung und im Fehlen einer Inkompatibilitätsregelung bei der Kontrollstelle manifestiert, findet ihre Erklärung zum Teil in der nunmehr entschieden durchgeführten Unterscheidung und Andersbehandlung der Genossenschaft und der Aktiengesellschaft⁹².

Andererseits enthält der Entwurf Hoffmann jedoch in Art. 854 Abs. 3 eine Vorschrift, die dem einzelnen Genossenschafter mitgliedschaftliche Kontrollrechte

86 Zeitpunkt der Beschlußfassung der Bundesversammlung, am 1.7.1937 trat das Gesetz in Kraft.

87 Vgl. Entwurf Hoffmann.

88 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 216-218.

89 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 108

90 Vgl. Bericht Hoffmann S. 29.

91 Vgl. Art. 723 sowie 727 Abs. 2 Satz 2 und 731 Abs. 1 OR, die neu in das Obligationenrecht von 1937 aufgenommen wurden.

92 Vgl. Bericht Hoffmann S. 97 ff. sowie Peko-Kacic, Entwicklung S. 56 ff., der bei der Würdigung der Oppositionsgutachten zum Entwurf Huber das Postulat einer entschiedenen Abgrenzung zur Aktiengesellschaft als wesentliches Anliegen herausstellt.

garantiert, die im Entwurf Huber noch aus den "wohlerworbenen Rechten" des Genossenschafters hergeleitet werden mußten⁹³.

Die dem Entwurf Hoffmann folgende Beratung der Expertenkommission und der hieraus resultierende dritte Entwurf, der mit Botschaft des Bundesrates vom 21.2.1928 den Bundesräten vorgelegt wurde, wie auch die Beratung dieses Entwurfs in den Räten, führten zu keinen grundlegend neuen Erkenntnissen⁹⁴. Speziell zum Thema Kontrolle und Prüfung ist noch hervorzuheben, daß der im alten Obligationenrecht fakultativ vorgesehene Aufsichtsrat für das neue Gesetz fallengelassen wurde⁹⁵, da man der Auffassung war, daß die ihm obliegende Kontrolle de facto von den nicht zur ständigen Geschäftsführung delegierten Mitgliedern des Verwaltungsrates ausgeübt würde, der Aufsichtsrat also neben Verwaltungsrat und Kontrollstelle ein "Überbein" darstellen würde⁹⁶. Neu wurde für die Aktiengesellschaft in Art. 727 Abs. 2 und 731 Abs. 1 OR Inkompatibilität zwischen Verwaltungsrats- und Kontrollstellenmandat festgestellt⁹⁷, worauf man in dem Abschnitt über die Genossenschaft jedoch verzichtete⁹⁸.

93 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 108.

94 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 222 und 229 sowie Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 115.

95 Wenn die Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt in ihren Statuten in Art. 16 vom "Aufsichtsrat" spricht, so bedeutet dies keinen Gegensatz zur Verwaltung, vgl. Sigg, Organ S. 164 Fußnote 5 sowie Ziff. 2.4.1.

96 Vgl. das Stenographische Bulletin des Nationalrats 1934 S. 341 zitiert nach Morger, Prüfungspflicht S. 25.

97 Vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 25 f.

98 Vgl. oben Ziff. 1.2.2.1. sowie grundsätzlich zur unterschiedlichen Regelung der Inkompatibilität unten Ziff. 2.6.1.1.1.

Am 18.12.1936 wurde das neue Obligationenrecht von beiden Räten angenommen, am 1.7.1937 trat es in Kraft. Der 29. Teil, der das Recht der Genossenschaft regelt⁹⁹, wurde bis heute nicht revidiert¹⁰⁰.

1.3. Begriffsbestimmung der Kontrolle und der Prüfung

Die im schweizerischen und deutschen Recht verwendete Terminologie bei Kontrolle und Prüfung ist nicht einheitlich. Dies macht eine Begriffsbestimmung erforderlich. Nach herrschender betriebswirtschaftlicher

99 Nicht der Genossenschaftsregelung des 29. Titel OR unterstellte Genossenschaften sind die alten, mit dem Boden verbundenen Allmendgenossenschaften (Art. 59 Abs. 2 ZGB) und die Meliorationsgenossenschaften (Art. 703 ZGB) sowie auch die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften (Art. 6 Abs. 1 und 59 Abs. 1 ZGB sowie Art. 829 OR). Das Obligationenrecht kann aber auch hier als subsidiäre Rechtsquelle - bei den öffentlich-rechtlichen Genossenschaften allerdings auch subsidiär zum öffentlichen Gewohnheitsrecht - herangezogen werden, wenn eventuelle Lücken durch richterliche Rechtsfindung gem. Art. 1 Abs. 2 ZGB ausgefüllt werden müssen, vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 829 Rdn. 16.

100 Eine Revision des Genossenschaftsrechts wird in der Literatur als notwendige Folge der 1968 begonnenen und bis heute nicht vollendeten Revision des Rechts der Aktiengesellschaft allgemein für erforderlich erachtet und in nächster Zukunft erwartet, vgl. Forstmoser, Revision S. 95, derselbe Teilrevision S. 46 ff. sowie Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. XXXI f.

Terminologie bedeutet Kontrolle¹⁰¹ die laufende und interne Interessen betreffende Überprüfung, während unter Prüfung die nicht laufende, in größeren Zeitabständen stattfindende und auch externe Interessen betreffende Überprüfung verstanden wird¹⁰². Weder im schweizerischen Obligationenrecht noch im deutschen Genossenschaftsrecht wird eine derart strenge begriffliche Unterscheidung vorgenommen: Der schweizerische Gesetzgeber verwendet beide Bezeichnungen und daneben die Bezeichnungen "Revi-

101 Mit der Kontrolle darf nicht der aus dem anglo-amerikanischen Sprachkreis stammende Begriff und die Aufgabe des "Controlling" verwechselt werden, das - in der Schweiz schon lange eingeführt - in der deutschen Praxis heute auch außerordentlichen Anklang findet (vgl. Busse, Controlling S. 285). "To control" hat mehr die Bedeutung "regeln", während das deutsche "kontrollieren" im Englischen mit "to check" wiedergegeben werden könnte. Wenn von dem "Controlling" oder dem "Controller" die Rede ist, so wird also hierunter eine Tätigkeit verstanden, die neben der Abweichungsanalyse auch die Entscheidung über Korrekturmaßnahmen umfaßt (vgl. Zünd, Kontrolle S. 113). Controlling ist "der umfassende Begriff für ein Konzept der Unternehmenssteuerung zu höherer Wirtschaftlichkeit" (vgl. Busse, Controlling S. 285), als Kurzbezeichnung erscheint auch der Begriff "Wirtschaftlichkeitsrechner" angemessen, jedoch zu hölzern, um sich durchzusetzen, vgl. Straub, Überwachung S. 95.

102 Vgl. Wöhe, Betriebswirtschaftslehre S. 115 ff.; Grochla/Wittmann, Handwörterbuch Spalte 2218, Revisionshandbuch der Schweiz, Zürich 1971 Abschnitt 3.211 S. 3 sowie Schnider, Kontrolle S. 28, Zünd, Kontrolle S. 114 f. mit weiteren Nachweisen. Anderer Meinung ist Campion, Traité S. 36 f., der einzelne betriebliche Vorgänge "faits isolés" der Kontrolle, die Unternehmensentwicklung als Ganzes "résultats d'ensemble" der Überwachung unterwirft; dieser Auffassung schließt sich auch Straub, Überwachung S. 20 an.

sion" und "überwachen" synonym¹⁰³, im deutschen Genossenschaftsrecht wird weitgehend eine der betriebswirtschaftlichen Begriffsunterscheidung entsprechende Terminologie eingehalten, jedoch werden mit gleichen Bedeutungsinhalten auch die Bezeichnungen "überwachen" oder "untersuchen" verwendet¹⁰⁴. Obwohl die Gesetzgeber also die durch die Sprache gegebene breite Palette der Kontrolle und Prüfung benennenden Worte nicht auf die beiden Bezeichnungen Kontrolle und Prüfung eingeengt haben, wird dennoch sowohl im schweizerischen Obligationenrecht als auch im deutschen Genossenschaftsrecht inhaltlich zwischen laufender und interne Interessen betreffender Kontrolle und nicht laufender, nachträglicher und auch externe Interessen betreffender Prüfung unterschieden. Es besteht also zwischen der betriebswirtschaftlichen und der juristischen Systematik insofern kein Unterschied; der Unterschied ist nur terminologischer Natur. Um die Kongruenz mit den Gesetzgebern bei der Verwendung der Bezeichnungen Kontrolle, Überprüfung, Überwachung, Prüfung, Revision und Aufsicht zu wahren, wird der vom jeweiligen Gesetzgeber gewählten Terminologie gefolgt, wobei jedoch die systematische Unterscheidung der begrifflichen Alternativen Kontrolle und Prüfung im oben definierten Bedeutungsinhalt soweit möglich berücksichtigt werden soll.

Gemeinsam lassen sich alle genannten Begriffe definieren als ein "abgegrenzter, nach dem Rationalprinzip

103 Vgl. Art. 906 Ziff. 1 OR: "... durch eine Kontrollstelle prüfen zu lassen", oder Art. 906 Ziff. 2 OR: "Als Kontrollstelle ... mehrere Revisoren ...", oder Art. 924 Abs. 1 OR: "... zu überwachen."; vgl. auch zu Art. 723, 727 Abs. 1 und 728 Abs. 1 OR gleiche Auffassung bei Schnider, Kontrolle S. 27 f., Weber, Kontrollstelle S. 5 f. sowie Ronner, Aufsicht S. 52 ff.

104 Vgl. § 38 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GenG.

vorgenommener Soll-Ist-Vergleich mit anschließender Beurteilung¹⁰⁵ oder, anders ausgedrückt, als der "Vergleich zwischen Norm und Wirklichkeit und anschließender Analyse der Abweichung"¹⁰⁶.

105 Vgl. Loitlsberger, Revisionswesen S. 26 f.

106 Vgl. Grochla/Wittmann, Handwörterbuch Spalte 2218, Zünd, Kontrolle S. 114 sowie Moegelin, Prüfung S. 34, der den Prüfungsvorgang in zehn Einzelschritte aufgliedert.

2. HAUPTTEIL

Kontrolle und Prüfung der eingetragenen Genossenschaft nach dem schweizerischen Obligationenrecht und nach dem deutschen Genossenschaftsgesetz

2.1. Prüfung bei Errichtung

2.1.1. Schweiz

2.1.1.1. Rechtsnatur und Entstehungsvoraussetzungen

Die Genossenschaft ist gemäß der Legaldefinition des Art. 828 OR eine spezielle Form der Körperschaft. Nach schweizerischer Rechtslehre wird die Körperschaft definiert als eine Vereinigung von Personen, die einen selbstgesetzten Zweck verfolgt und sich eine zweckdienliche Organisation gegeben hat in einer Ausgestaltung, welcher die Rechtsordnung die juristische Persönlichkeit verleiht¹⁰⁷. Die Genossenschaft erlangt ihre Rechtspersönlichkeit erst mit der Eintragung im Handelsregister¹⁰⁸. Die Genossenschaft wird Rechtspersönlichkeit also nicht im Wege der freien Körperschaftsbildung wie z.B. der Verein, sondern es ist die Mitwirkung einer staatlichen Stelle erforderlich. Diese staatliche Stelle verleiht jedoch die Rechtspersönlichkeit nicht nach Ermessen, sie erteilt keine Konzession,

107 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 48 und 71 sowie Forstmoser, Verwendung S. 342 und denselben in Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 374, der die Genossenschaft als Körperschaft des privaten Rechts mit stark personengesellschaftlichen Zügen definiert.

108 Vgl. Art. 838 Abs. 1 OR. Gem. BGE 34 II S. 672 erlangt die Genossenschaft auch dann Rechtspersönlichkeit durch Eintragung, wenn diese vorgenommen wird, obwohl die Voraussetzungen gar nicht vorliegen; vgl. hierzu auch ausführlich Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 189 ff.

sondern es besteht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf Eintragung ins Handelsregister¹⁰⁹. Zur Eintragung verpflichtet sind jedoch nur Genossenschaften, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben¹¹⁰. Gemäß Art. 830 OR ist eine nicht eingetragene Genossenschaft keine Genossenschaft, sondern nur eine "einfache Gesellschaft" ohne Rechtspersönlichkeit gemäß Art. 530 OR, auch wenn sie sich den Namen Genossenschaft gibt¹¹¹.

Die Voraussetzungen für die in Art. 830 OR vorgesehene Eintragung ins Handelsregister sind zum Teil in Art. 835 ff. und in Art. 940 Abs. 2 OR niedergelegt, daneben aber auch aus den allgemeinen Grundsätzen wie der öffentlichen Ordnung und dem Recht der Persönlichkeit herzuleiten¹¹².

109 Im Gegensatz zum System der freien Körperschaftsbildung und zum Konzessionssystem erlangt die Genossenschaft ihre Rechtspersönlichkeit also nach dem System der Normativbestimmungen, vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 830-838 Rdn. 6 f., sowie zur historischen Entwicklung vom Konzessionssystem zum Normativsystem bei der Genossenschaftsgründung Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 76 ff. (80).

110 Vgl. Art. 934 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 53 und 54 HRV.

111 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 21 mit weiteren Nachweisen. Eine nicht ganz befriedigende Lösung, da diese nicht eingetragene Genossenschaft auch Züge des Vereins und auch der Kollektivgesellschaft gem. Art. 562 OR aufweist, vgl. in letzterem Sinne auch Forstmoser, Berner Kommentar Art. 828 Rdn. 40. Vgl. zur systematischen Unterteilung der Gesellschaften in einfache Gesellschaften und Kollektivgesellschaften Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 71 ff.

112 Vgl. BGE 80 II S. 132.

2.1.1.2. Prüfung der Statuten durch die konstituierende Versammlung

Entstehungsvoraussetzung gemäß Art. 830 OR ist, daß die gemäß Art. 832, 833, 834 Abs. 1 OR von den Gründungsmitgliedern erstellten Statuten von der konstituierenden Versammlung¹¹³ genehmigt werden. Die Statuten, die die Grundordnung¹¹⁴ der Genossenschaft darstellen, werden von dieser Versammlung vornehmlich darauf überprüft, ob sie geeignet sind, die Genossenschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu befähigen. Die Prüfung wird hier, im Gegensatz zu der anschließend¹¹⁵ behandelten Prüfung durch den Handelsregisterführer, hauptsächlich von praktischen, d.h. im wirtschaftlichen Bereich liegenden Überlegungen ausgehen, da hier die Interessen der Genossenschafter liegen und ihnen als juristischen Laien eine rechtliche Prüfung auch gar nicht zugemutet werden kann. Da das Gesetz keine speziellen Anforderungen stellt, genügt zur Genehmigung die einfache Mehrheit der Versammlung¹¹⁶.

2.1.1.3. Prüfung durch den Handelsregisterführer

Die Eintragung der Genossenschaft im Handelsregister ist in den Art. 19 ff., 69 ff. und 92 ff. HRV¹¹⁷ geregelt. In Art. 10 HRV ist die Verpflichtung der Genossenschaft zur Eintragung nochmals festgestellt.

113 Diese konstituierende Versammlung ist die erste Generalversammlung, die Einladung kann an einen bestimmten, von den Gründern als potentielle Genossenschafter erkannten Kreis, aber auch an jedermann ergehen, vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 183 f.

114 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 832 und 833 Rdn. 12 sowie Henggeler, Differenzen S. 31.

115 Vgl. unten Ziff. 2.1.1.3.

116 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 185.

117 Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937.

Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers ergibt sich aus Art. 940 OR und Art. 21 HRV. Nach Art. 940 Abs. 1 OR ist zu prüfen, "ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind", nach Abs. 2 insbesondere, "ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen".

Die Prüfung läßt sich also in eine Prüfung der formellen und der materiellen Voraussetzungen der Eintragung aufteilen. Prüfungsmaßstab ist das Gesetz, die öffentliche Ordnung, das Recht der Persönlichkeit und die guten Sitten¹¹⁸. Diesem Maßstab implizit ist das Gebot des Art. 38 HRV, daß die Eintragung der Wahrheit entsprechen müsse.

Schutzobjekt der Prüfung durch den Handelsregisterführer sind öffentliche Interessen und daneben die Interessen der Genossenschafter.

Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers ist im formellen und materiellen Bereich unterschiedlich und an den generellen Erkenntnismöglichkeiten des Amtsträgers orientiert. Im Bereich der formellen, registerrechtlichen Voraussetzungen ist die Rechtsanwendung des Registerführers unbeschränkt¹¹⁹, er hat deshalb diese Prüfung lückenlos durchzuführen. Im Bereich der Prüfung der materiellen Voraussetzungen hingegen ist nach herrschender Lehre und Praxis¹²⁰ die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers stark eingeschränkt,

118 Vgl. BGE 80 II S. 132.

119 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 35 sowie BGE 67 I S. 113.

120 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 37 ff.; BGE 75 I S. 325 und 86 I S. 107 ff. sowie zur Darstellung der Gesamtproblematik Beck, P., Kognition des Handelsregisterführers, Bern 1953.

da ihm die Rechtsfindungsmöglichkeiten eines Richters nicht zu Gebote stehen¹²¹.

Dementsprechend ist es auch nicht Aufgabe des Handelsregisterführers, ohne besondere Veranlassung den Wahrheitsgehalt der angemeldeten Tatsachen nachzuprüfen; er hat vielmehr in der Regel die Angaben als wahrheitsgemäß anzusehen¹²². Diese beschränkte materielle Prüfung des Handelsregisterführers soll offensichtliche Mängel verhindern¹²³. Eintragungshindernis ist nur die offensichtliche Verletzung qualifizierter Rechtsnormen¹²⁴ und auch hier nur, wenn sie der Wahrung des öffentlichen Interesses dienen¹²⁵, eine Abweichung vom dispositiven Recht genügt hingegen nicht. Läßt ein Sachverhalt zwei Deutungen zu, von denen eine den gesetzlichen Anforderungen entspricht, die andere jedoch nicht, so hat der Handelsregisterführer von der dem Gesetz entsprechenden Deutung auszugehen und die Eintragung vorzunehmen¹²⁶.

Die Prüfung des Registerführers wird ergänzt durch eine Nachprüfung beim eidgenössischen Amt für das Handelsregister, das gemäß Art. 115 Abs. 1 HRV überprüft¹²⁷, ob die Eintragungen den Vorschriften entsprechen.

121 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 188, wonach sich z.B. der Registerführer nicht in der Art eines Richters allzu sehr mit subtiler Auslegung von Einzelfragen beschäftigen soll; im gleichen Sinne BGE 85 I S. 62 und 86 I S. 107.

122 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 40.

123 Vgl. Heini, Bemerkungen S. 161, der die grundsätzliche Zuständigkeit des Richters bei nicht "offensichtlichen Mängeln" aus Art. 78 ZGB herleitet.

124 Vgl. Gauch, Eintragung S. 139 Fußnote 3.

125 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 39, der allerdings auf die Schwierigkeit hinweist, festzustellen, ob eine Norm dem öffentlichen Interesse oder lediglich dem Schutz einzelner Privater dient.

126 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 836 Rdn. 16.

127 Die Prüfungsbefugnis dieses Amtes ist in gleicher Weise beschränkt wie die des Registerführers, vgl. Gauch, Eintragung S. 137 Fußnote 4.

2.1.1.3.1. Formelle Voraussetzungen

Wird eine Genossenschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, so hat der Registerführer in formeller Hinsicht zu prüfen, ob sein Amt überhaupt örtlich und sachlich zuständig ist, ob die anmeldenden Personen zur Anmeldung befugt sind, ob die vorgelegten Belege vollständig und formell einwandfrei sind, ob sprachliche Klarheit und Eindeutigkeit zu bejahen sind und ob die gemachten Angaben vollständig sind¹²⁸.

2.1.1.3.1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Gemäß Art. 835 Abs. 1 OR ist die Genossenschaft in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie gemäß Art. 56 ZGB ihren Sitz hat. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsregisters zur Eintragung der Genossenschaft ist in Art. 934, 830, 835 Abs. 1 OR sowie in Art. 52 HRV geregelt.

2.1.1.3.1.2. Legimitation der Anmeldenden

In analoger Anwendung des Art. 902 OR ergibt sich die Verpflichtung der Verwaltung gegenüber den Genossenschaftlern, die Anmeldung vorzunehmen¹²⁹. Gemäß Art. 835 Abs. 3 OR muß die Anmeldung von mindestens zwei Mitgliedern der Verwaltung, gemäß Art. 22 Abs. 2 HRV vom Präsidenten oder seinem Stellvertreter und dem Sekretär oder einem weiteren Verwaltungsratsmitglied persönlich¹³⁰ unterzeichnet sein. Der Handelsregisterführer muß auch

128 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 35 f.

129 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 8.

130 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 15.

die Identität der Unterzeichner überprüfen, deshalb verlangt Art. 835 Abs. 3 OR für den Fall, daß die genannten zwei Vertreter der Genossenschaft nicht persönlich zur Anmeldung erscheinen, sondern die Anmeldung schriftlich mit ihren Unterschriften einreichen, eine Beglaubigung dieser Unterschriften.

2.1.1.3.1.3. Vorgelegte Belege

Gemäß Art. 835 Abs. 4 OR sind der Anmeldung beizufügen die Statuten der einzutragenden Genossenschaft in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift, falls Sach- oder Vermögenswerte eingebracht werden, der gemäß Art. 834 Abs. 2 OR erstellte Bericht hierüber, und falls Statuten gemäß Art. 869, 870 oder 871 OR unbeschränkte oder beschränkte persönliche Haftung oder Nachschußpflicht der Genossenschafter vorsehen, auch ein Verzeichnis der Genossenschafter. Außerdem ist gemäß Art. 28 Abs. 2 HRV ein Protokoll der konstituierenden Versammlung¹³¹ einzureichen.

Der Handelsregisterführer hat zu prüfen, ob die vorgelegten Unterlagen vollständig sind und ob sie einwandfrei sind. Hierzu gehört die Prüfung, ob überhaupt alle in Art. 832 OR vorgeschriebenen Bestimmungen in den Statuten getroffen sind, ob die notwendigen Organe der Genossenschaft in der konstituierenden Versammlung gewählt wurden und ob die gemäß Art. 831 OR erforderliche Mitgliederzahl erreicht ist; daneben auch die Prüfung der sprachlichen Richtigkeit der Angaben¹³². Unklare oder zweideutige Formulierungen sind zu verbessern.

¹³¹ Zum Inhalt vgl. v. Steiger, Grundriss S. 95 ff.

¹³² Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 836 Rdn. 14.

2.1.1.3.2. Materielle Voraussetzungen

Die materielle Prüfung des Handelsregisterführers umfaßt sowohl den gemäß Art. 832 OR notwendigen Inhalt als auch den gemäß Art. 833 OR fakultativen Inhalt der Statuten sowie daneben noch eventuelle weitere Bestimmungen der Statuten, die im Gesetz nicht vorgesehen sind¹³³. Er wird die Eintragung verweigern, wenn z.B. der Name bzw. die Firma¹³⁴ der Genossenschaft unwahr oder täuschend gewählt ist oder bereits für eine andere Vereinigung eingetragen ist, wenn der Sitz nicht fixierbar bestimmt ist¹³⁵ oder der Zweck der Genossenschaft nicht kooperativ ist¹³⁶. Falls z.B. laut Protokoll der Gründungsversammlung die als Mitglieder der gemäß Art. 832 Ziff. 4 OR notwendigen Organe gewählten Personen bei der Wahl nicht anwesend waren, muß der Handelsregisterführer eine Bestätigung der Annahme der Wahl fordern, bevor er die Eintragung vornimmt¹³⁷.

133 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 835 Rdn. 37.

134 Daß sich aus dem Namen bzw. der Firma die Kooperationsform der Genossenschaft ergibt, wie dies im deutschen Recht in Art. 3 Abs. 2 GenG gefordert wird, ist im geltenden schweizerischen Recht im Gegensatz zum alten Obligationenrecht nicht mehr vorgesehen, vgl. v. Steiger, Grundriss S. 36.

135 Eine momentane Fixierbarkeit ist jedoch nicht erforderlich, ein sogenannter "fliegender Sitz", z.B. der Wohnsitz des jeweiligen Präsidenten, genügt, vgl. v. Steiger, Grundriss S. 38.

136 Die Prüfung des Genossenschaftszwecks kann, wie v. Steiger, Grundriss S. 41 meint, angesichts der beschränkten Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, bereits eine Überforderung darstellen.

137 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 100.

2.1.2. Deutschland

2.1.2.1. Rechtsnatur und Entstehungsvoraussetzungen

Nach deutschem Recht ist die Genossenschaft gemäß der Legaldefinition des § 1 GenG eine spezielle Form der Gesellschaft¹³⁸.

¹³⁸ Im deutschen Schrifttum ist die rechtssystematische Einordnung der eingetragenen Genossenschaft umstritten, vgl. Henzler, Neugestaltung S. 67. So weist die Genossenschaft in ihrer Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder, wie auch in der Möglichkeit, durch Statuten die Bestellung des Vorstands von dritter Seite vornehmen zu lassen, vereinsrechtliche Züge auf, die wohl auch zu der historischen Benennung der Genossenschaften als Vereine (vgl. hierzu auch die Aufzählung in § 1 Ziff. 1 bis 7 GenG, wo ausschließlich Vereine genannt werden) führten. Andererseits wird im Sprachgebrauch der Begriff "Verein" in der Regel mit einer nichtwirtschaftlichen Zielsetzung verbunden, was ihn bei der Genossenschaft wirklichkeitsfremd werden ließe, vgl. Henzler, Neugestaltung S. 67. Gegen die Gesellschaft spricht der freie Wechsel der Mitglieder und das oft äußerst geringe Interesse an der aktiven Teilnahme am Genossenschaftsleben (mangelnder animus socii), so z.B. bei den Konsumgenossenschaften, bei denen das Interesse der Genossenschafter sich meist nur auf den günstigen Einkauf, nicht aber auf die Ausübung der sonstigen Mitgliedschaftsrechte richtet. Hierin und in der weitgehenden Verselbständigung ihrer Organe sind Merkmale der Körperschaft (hier im Sinne des deutschen Rechts, d.h. als Gebilde des öffentlichen Rechts verstanden, vgl. Lehmann, BGB S. 407 ff. (412), zum Körperschaftsbegriff nach schweizerischem Recht vgl. Ziff. 2.1.1.1.) und sogar der Anstalt zu erkennen, denen jedoch in erster Linie wegen ihres öffentlich-rechtlichen Charakters bzw. wegen der Bindung der Anstalt an ein Zweckvermögen die Genossenschaft gleichfalls nicht zugeordnet werden kann. Die Genossenschaft ist also an sich ein "Wirtschaftsgebilde eigener Art" (vgl. Henzler, Neugestaltung S. 66), paßt aber, wenn man sie in die bestehenden Formen einordnen möchte, am ehesten unter den Begriff der Gesellschaft, wobei sie jedoch, wie Henzler meint, zur besseren Abgrenzung als "Personengesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl" bezeichnet werden sollte (vgl. Henzler, Neugestaltung S. 68).

Die einfache Genossenschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit kann durch Eintragung in das Genossenschaftsregister gemäß §§ 10 ff. GenG "eingetragene" Genossenschaft werden¹³⁹. Sie erlangt damit gemäß § 17 Abs. 1 GenG den Status einer juristischen Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, den sie vor der Eintragung, wie in § 13 GenG ausdrücklich gesagt, nicht hatte.

Der deutsche Gesetzgeber bezeichnet jedoch auch die nicht eingetragene Genossenschaft in § 13 GenG als Genossenschaft, für die das Recht der eingetragenen Genossenschaft gilt, soweit sich nicht aus dem Fehlen der Rechtsfähigkeit Abweichungen ergeben¹⁴⁰. Sekundär sind allerdings die für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft geltenden Vorschriften der §§ 705 ff. BGB anwendbar.

§ 11 Abs. 2 Nr. 4 GenG verlangt als Voraussetzung der Eintragung durch das Registergericht¹⁴¹: "... die Bescheinigung eines Prüfungsverbandes, daß die Genossenschaft zum Beitritt zugelassen ist, sowie eine gutachtliche Äußerung des Prüfungsverbandes, ob nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere der Vermögenslage der Genossenschaft,

139 § 10 Abs. 1 GenG bedeutet jedoch keine Verpflichtung für die Genossenschaft, ihren Zusammenschluß eintragen zu lassen, vgl. Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 1 Anm. 1e; Paulick, Recht S. 4, 50 ff.; Schultz, Rechtsbegriff S. 12 ff., sowie BGHZ 17 S. 385, 387 ff.; die in § 10 Abs. 1 GenG enthaltene zwingende Vorschrift ("... sind ... einzutragen ...") gilt für die Genossenschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, von der das Gesetz ausgeht (vgl. § 1 Abs. 1 GenG). Vgl. auch Paulick, Recht S. 90 ff., der zwischen eintragungswilliger Vorgenossenschaft und nicht eintragungswilliger, auf die Rechtsfähigkeit dauernd verzichtender Genossenschaft unterscheidet.

140 Vgl. BGHZ 20 S. 281.

141 Gem. § 125 FGG wird das Genossenschaftsregister von dem Amtsgericht geführt, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat.

eine Gefährdung der Belange der Genossen oder der Gläubiger der Genossenschaft zu besorgen ist".

2.1.2.2. Aufnahmeprüfung beim Prüfungsverband

Die Genossenschaft muß sich also vor der Eintragung in einen Prüfungsverband aufnehmen lassen, dem sie in der Regel auch zur Durchführung der gemäß § 53 GenG vorgeschriebenen Pflichtprüfungen weiter angehören wird.

Dieser Aufnahme in den Prüfungsverband geht eine erste Prüfung der Genossenschaft durch den Verband voraus. Ergibt diese Prüfung begründete Bedenken gegen die Aufnahme, so kann der Verband diese ablehnen, andernfalls muß er die Genossenschaft jedoch aufnehmen¹⁴².

Schutzobjekt dieser Prüfung durch den Verband sind in erster Linie öffentliche Interessen, daneben aber auch Interessen der Mitglieds-genossenschaften und der Genossenschafter¹⁴³. Seit der Gesetzesnovelle vom 9.10.1973¹⁴⁴, durch die die Genossenschaft ohne persönliche Haftung der einzelnen Genossenschafter (vgl. § 2 GenG) zum Regeltyp gemacht wurde und die Genossenschaft mit unbeschränkter oder beschränkter Haftung der Genossenschafter zwar gemäß § 6 Nr. 3 GenG durch eine entsprechende Nachschußpflichtregelung in den Statuten noch konstituierbar ist, aber die Ausnahme darstellt, erscheint das öffentliche Interesse als Schutzobjekt wesentlich in den Vordergrund gerückt¹⁴⁵, da das Risiko der einzelnen Genossenschafter

142 Vgl. Paulick, Recht S. 301; Börmcke, Gedanken S. 233 Punkt b sowie Müller, Kommentar § 11 Rdn. 7.

143 Lang/Weidmüller, Kommentar § 11 Anm. 7.

144 BGBl. I S. 1451.

145 Vgl. Westermann, Modernisierung S. 324.

durch die in der Regel auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung wesentlich geringer geworden ist¹⁴⁶.

Die Aufnahmeprüfung erstreckt sich auf die in §§ 1 bis 9 GenG vorgesehenen Erfordernisse einer Genossenschaft, umfaßt aber darüber hinaus auch die Beurteilung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der in Gründung befindlichen Genossenschaft sowie ihre Geschäftsziele. Falls zu befürchten ist, daß letztere unlauter sind, ist die Versagung der Aufnahme gerechtfertigt¹⁴⁷. Nicht Gegenstand der Prüfung ist hingegen die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Gründung oder die Marktauswirkung der Tätigkeitsaufnahme der neuen Genossenschaft¹⁴⁸.

2.1.2.3. Gutachten des Prüfungsverbandes

Die gutachterliche Stellungnahme des Prüfungsverbandes soll dem Registergericht für seine Entscheidung gemäß § 11a Abs. 2 GenG als Erkenntnishilfe dienen¹⁴⁹. In dem Gutachten muß der Verband alle Umstände herausstellen, die geeignet sein könnten, die ordnungsgemäße Geschäftstätigkeit der Genossenschaft zu vereiteln.

146 Der neu gefaßte § 87a GenG ändert an dieser Situation nichts, da die Möglichkeit der Generalversammlung, die Genossenschafter mit unbeschränkter oder beschränkter Nachschußpflicht zu weiteren Einzahlungen bis maximal zur Höhe ihrer Geschäftsanteile zu verpflichten, um die Liquidation abzuwenden, auch im alten Genossenschaftsgesetz bereits vorgesehen war. Werden derartige Einzahlungen bei der Genossenschaft ohne Nachschußpflicht beschlossen, was gem. § 87a Abs. 2 Satz 2 auch hier möglich ist, so muß dies in den Statuten ausdrücklich vorgesehen sein. Der auf Haftungsfreiheit vertrauende Genossenschafter ist durch diese Hervorhebung in den Statuten ausreichend geschützt, vgl. hierzu Westermann, Modernisierung S. 327.

147 Vgl. Müller, Kommentar § 11 Rdn. 7.

148 Vgl. Böhmcke, Gedanken S. 233.

149 Es ist jedoch nicht an das Gutachten gebunden, vgl. Westermann, Modernisierung S. 325.

Hinsichtlich der Träger der Organe der Genossenschaft bedeutet dies, daß der Verband Gründe, die die Eignung der vorgesehenen Personen für diese Tätigkeit ausschließen, dartun muß, nicht jedoch, daß er die vorgesehenen Personen positiv auf ihre Eignung überprüfen müßte. Es ist also erforderlich, daß eine generelle Eignung, z.B. aufgrund ausreichender beruflicher Qualifikation, bejaht werden kann, eine individuelle Befähigung der betreffenden Person muß nicht nachgeprüft werden, es sei denn, besondere Umstände erlaubten den Schluß, daß die Person ungeeignet sei.

Auch bei der Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse kann es nicht die Aufgabe sein abzuschätzen, ob die Tätigkeit der Genossenschaft für die Genossenschafter wirtschaftliche Vorteile zeitigen wird, sondern die Prüfung muß auf objektive Kriterien, wie Eigenkapitalausstattung, ausreichende Zahl von Genossenschaftern oder dem Unternehmenszweck entsprechend ausreichende Organisation, beschränkt bleiben.

2.1.2.4. Prüfung durch das Registergericht

Der durch die Novelle vom 9.10.1973 neu ins Gesetz eingefügte § 11a GenG entspricht in Abs. 1 dem § 38 Abs. 1 AktG. In Abs. 2 weichen beide Bestimmungen jedoch wesentlich voneinander ab, und auch wenn man im Bericht der Gründungsprüfer gemäß § 38 Abs. 2 AktG eine Parallele zum Gutachten des Prüfungsverbandes gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 4 GenG sehen kann, stützt sich doch das Gericht bei der Eintragung der Aktiengesellschaft in weit größerem Maße auf die Tätigkeit der Gründungsprüfer, als es dies bei der Eintragung der Genossenschaft tut¹⁵⁰. Das Gut-

150 Vgl. Müller, Kommentar § 11a Rdn. 9.

achten des Prüfungsverbandes ist vom Registergericht lediglich als Beweismittel zu werten, es ist nicht daran gebunden, sondern hat sich selbst eine Überzeugung zu bilden, ob die Genossenschaft den gestellten Anforderungen entspricht.

Hierfür kann das Gericht, wenn ihm das Gutachten des Prüfungsverbandes zur eigenen Überzeugungsbildung nicht ausreicht, gemäß § 12 FGG von Amts wegen eigene Untersuchungen anstellen oder zusätzliche gutachterliche Äußerungen einholen¹⁵¹. Welche Ermittlungen das Gericht für zweckmäßig hält, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen¹⁵², übertriebene Anforderungen darf es speziell im Bereich der materiellen Prüfung jedoch nicht stellen¹⁵³.

Im einzelnen hat das Gericht gemäß § 11a Abs. 1 GenG alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Eintragung, gemäß § 11a Abs. 2 GenG aber auch die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu prüfen.

¹⁵¹ Vgl. Jansen, freiwillige Gerichtsbarkeit § 12 Rdn. 2. Das Gericht kann z.B. von der Genossenschaft Auskunft verlangen, ob ihr von einem anderen Verband bereits einmal die Aufnahme verweigert wurde, und es kann, falls dies der Fall ist, von diesem Verband ein Gutachten einholen.

¹⁵² Vgl. OLG Frankfurt, OLG Z 1972 S. 120.

¹⁵³ Vgl. Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 10 Anm. 6.

2.1.2.4.1. Prüfung der ordnungsgemäßen Errichtung und Anmeldung

2.1.2.4.1.1. Formelle Prüfung

Das Gericht muß zunächst die formelle Ordnungsmäßigkeit der Errichtung prüfen. Hierzu zählt, daß der im Statut festgelegte Geschäftszweck die in § 1 GenG geforderten Voraussetzungen erfüllt, daß die Firma gemäß § 3 GenG benannt ist, die Zahl der Genossenschafter gemäß § 4 GenG über sieben beträgt und das Statut gemäß § 5 GenG schriftlich niedergelegt ist. Weiter muß das Gericht das Statut auf Erfüllung des in §§ 6 und 7 sowie 36 GenG geforderten Inhalts überprüfen. Neben der Ordnungsmäßigkeit der Errichtung hat das Gericht gemäß § 11a Abs. 1 GenG auch die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung an den Erfordernissen des § 11 GenG zu messen. Der Schwerpunkt liegt hier vor allem auf dem Nachweis über die Zulassung beim Prüfungsverband und auf der gutachterlichen Äußerung dieses Verbandes gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 4 GenG.

2.1.2.4.1.2. Materielle Prüfung

Über diese formelle Prüfung hinaus muß das Gericht auch prüfen, ob das Statut oder sein Zustandekommen irgend eine andere gesetzliche Bestimmung verletzt. So hat das Gericht z.B. eine Eintragung abzulehnen, wenn der Zweck der Genossenschaft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, oder die erforderlichen Verfahrensvorschriften bei der Feststellung des Statuts nicht beachtet wurden¹⁵⁴. Es hat auch zu prüfen, ob der Geschäftsgegenstand der Genossenschaft einer staatlichen Genehmigung

154 Vgl. Müller in Rechtspfleger 1970 S. 380.

bedarf, wie dies z.B. für den Betrieb des Kredit- oder des Versicherungsgewerbes der Fall ist¹⁵⁵.

2.1.2.4.2. Prüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse

Außer der formellen Ordnungsmäßigkeit der Errichtung und Anmeldung sowie der materiellen Übereinstimmung mit dem Gesetz muß das Gericht gemäß § 11a Abs. 2 GenG noch eine Überprüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Existenzfähigkeit der einzutragenden Genossenschaft vornehmen.

Falls sich hierbei eine Gefährdung der Belange der Genossenschafter, der Gläubiger der Genossenschaft oder der Öffentlichkeit ergibt, weil die Genossenschaft die Verpflichtungen aus ihrer Geschäftstätigkeit, aus den Statuten oder aus dem Gesetz voraussichtlich nicht erfüllen wird, ist die Eintragung abzulehnen. Bei der Prüfung der persönlichen Verhältnisse darf das Gericht zwar nicht in den Ermessensbereich der Personalentscheidung eingreifen, es kann jedoch die Eintragung ablehnen, wenn z.B. Personen, die von der Genossenschaft als Träger der Verwaltungsorgane vorgesehen sind, offensichtlich nicht die erforderliche Qualifikation aufweisen, um die ihnen übertragenen Aufgaben zufriedenstellend zu lösen.

Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Voraussetzungen ist, wie bereits bei der Verbandsprüfung gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 4 GenG, das Hauptaugenmerk auf die Eigenkapitalausstattung, die Zahl der Genossenschafter und auf die dem Geschäftszweck entsprechende organisatorische Ausgestaltung zu legen¹⁵⁶.

155 Vgl. § 32 KGW sowie § 5 VAG.

156 Vgl. Müller, Kommentar § 11a Rdn. 8.

Die völlig neue Vorschrift des § 11a Abs. 2 GenG, die auch im Aktienrecht keine Entsprechung findet, ist nicht unumstritten. Es wird die Meinung vertreten, das Gericht sei durch eine solche materielle Prüfung der wirtschaftlichen Existenzfähigkeit überfordert und das Verfahren führe zu einer ungerechtfertigten Verzögerung des Gründungsvorganges¹⁵⁷.

2.1.3. Vergleich

Die Prüfung bei der Errichtung der Genossenschaft geht im deutschen Recht wesentlich weiter als im schweizerischen Recht.

Im deutschen Recht wird die entstehende Genossenschaft zuerst von dem Prüfungsverband, dem sie beitreten muß und aller Voraussicht nach auch weiter angehören wird, formell und materiell überprüft. Der Prüfungsverband weist für diese Aufgabe die optimalen Voraussetzungen auf, da er durch die laufende Prüfung der angeschlossenen Genossenschaften und durch seine personelle Qualifikation¹⁵⁸ umfassende rechtliche und wirtschaftliche Kenntnisse hat.

Das unmittelbare Eigeninteresse des Prüfungsverbandes an einer rechtmäßigen und wirtschaftlich lebensfähigen Genossenschaft wird dadurch verstärkt, daß die Genossenschaft fortan diesem Prüfungsverband angehören wird. Mangelnde Voraussetzungen, die der Prüfungsverband bei der Gründungsprüfung übersehen hat, wirken sich fortan bei der Beratungs- und Prüfungstätigkeit als Belastungen des Verbandes aus.

157 Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Bemerkungen S. 25 sowie Lang/Weidmüller, Kommentar § 11a Anm. 3.

158 Vgl. Ziff. 2.7.3.4 und 2.7.3.6.1.

Nach dieser Prüfung durch den Verband findet eine weitere Prüfung durch das Gericht statt, die gleichfalls formeller und materieller Natur ist. Bei dieser Prüfung kann das Gericht den Prüfungsbericht des Verbandes zwar als Erkenntnishilfe benutzen, es hat jedoch gemäß § 11a GenG selbst so genau zu prüfen, daß es sich eine eigene Überzeugung von der Rechtmäßigkeit und wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der entstehenden Genossenschaft bilden kann. Das Registergericht ist durch Spezialisierung besonders geeignet, diese Fragen zu beurteilen.

Zu bedenken ist jedoch bei dieser Regelung, daß durch die strenge, insbesondere auch materielle Prüfung die Freiheit der Genossenschaft in der Gestaltung ihrer wirtschaftlichen Ziele und ihrer Verhältnisse eine starke gesetzliche Einschränkung und Komplizierung erfährt.

Das schweizerische Recht beschränkt de facto die Prüfung auf eine Prüfung¹⁵⁹ der formellen Voraussetzungen durch den Registerführer¹⁶⁰.

Der Registerführer ist zwar auch berufen, eine materielle Prüfung vorzunehmen, jedoch beschränkt sich diese auf ganz offensichtliche Mängel, da die Qualifikation des Registerführers für eine lückenlose materielle Prüfung nicht ausreicht.

Es zeigt sich bereits in dieser Gründungsprüfung das Bemühen des deutschen Gesetzgebers, eine lückenlose und absolut sichere Regelung zu treffen und so jeden

159 Die Nachprüfung durch das eidgenössische Amt für das Handelsregister bedeutet nur eine Überprüfung der Eintragung, also der Tätigkeit des Registerführers.

160 Die Prüfung der Statuten durch die konstituierende Versammlung kann nicht als Prüfung der Genossenschaft angesehen werden.

denkbaren Mißbrauch von vornherein unmöglich zu machen¹⁶¹, gegenüber dem Bemühen des schweizerischen Gesetzgebers, die Regelung so liberal wie möglich zu halten und einen Gegenstand so lange der Privatautonomie zu überlassen, solange keine akuten Gefahren zu einem gesetzlichen Eingriff zwingen¹⁶². Eine theoretische Gefahr, die sich bislang infolge des verantwortlichen Handelns der Betroffenen nicht auswirkte, heischt noch nicht nach einer gesetzlichen Regelung.

2.2. Kontrolle durch die Generalversammlung

2.2.1. Schweiz

Die Generalversammlung ist gemäß Art. 879 Abs. 1 OR das oberste Organ^{163,164} der Genossenschaft; ihr obliegen

161 Vgl. zu diesem Grundsatz deutscher Gesetzgebung Paulick, Recht S. 33.

162 Vgl. zu dieser Tendenz schweizerischer Gesetzgebung Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 57, 72 ff. und Gmür, Vergleich ZGB/BGB S. 44 ff.

163 Vgl. zur Omnipotenztheorie bei der Genossenschaft und zu den Abstufungen ihrer Einschränkung bei Genossenschaft und Aktiengesellschaft Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 13-16; ferner BGE 76 II S. 63 sowie Bürgi, Kommentar, Vorbem. zu Art. 698-731 OR Rdn. 43 mit weiteren Nachweisen. Zu den Grenzen, welche der Macht der Generalversammlung durch das Paritätsprinzip gesetzt werden, vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 202; Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 273 sowie BGE 78 II S. 375.

164 Zur Machtverschiebung von der Generalversammlung auf die Verwaltung, die heute hauptsächlich bei großen Genossenschaften (und Aktiengesellschaften) zu beobachten ist, Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 194 f.; Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 14 f. sowie Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 11 Fußnote 77. Vgl. zur abnehmenden Effizienz des Kontrollorgans Generalversammlung durch die Aushöhlung der genossenschaftlichen Demokratie infolge der wachsenden "Mitgliederapathie" Hasselmann, Rochdaler Grundsätze S. 240, hierzu Blümle, Buchbesprechung S. 240 und die Replik Hasselmann, Demokratie S. 240 f.

neben verschiedenen anderen Aufgaben auch Kontroll- und Prüfungsaufgaben¹⁶⁵. Gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 OR hat sie die Aufgabe und Befugnis, Betriebsrechnung und Bilanz abzunehmen, gemäß Ziff. 4 über die Entlastung der Verwaltung Beschluß zu fassen. Mittelbare Kontrolle¹⁶⁶ wird durch die Befugnis ermöglicht, gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 OR die Mitglieder der Verwaltung und der Kontrollstelle zu wählen und sie gemäß Art. 890 Abs. 1 OR wieder abzuberufen.

Daneben können der Generalversammlung gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5 OR in den Statuten weitere Befugnisse übertragen werden, die den Umfang der Kontrolle und Prüfung durch andere Organe beeinflussen, so z.B. die Ausdehnung der Befugnisse der Kontrollstelle gemäß Art. 910 Abs. 1 OR. Die in Art. 879 Abs. 2 und Art. 890 Abs. 1 OR aufgezählten Aufgaben stellen grundsätzlich unübertragbare und unentziehbare Rechte der Generalversammlung dar¹⁶⁷.

165 Zur Prüfungspflicht der konstituierenden Versammlung vgl. oben Ziff. 2.1.1.2.

166 Forstmoser, Genossenschaftsrecht S. 71 ist sogar der Meinung, daß neben anderen Rechten auch das Stimmrecht im weiteren Sinn der Kontrolle dient.

167 Vgl. zur Unentziehbarkeit BGE 74 II S. 63. Eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der Unentziehbarkeit und Unübertragbarkeit dieser Aufgaben stellt Art. 893 Abs. 1 OR dar, der bestimmt, daß bei konzessionierten Versicherungsgenossenschaften mit über 1000 Mitgliedern die Statuten diese Befugnisse auf die Verwaltung übertragen können. Es ergibt sich also die Rechtslage, daß die Kontrolle der Verwaltung dieser selbst übertragen werden kann. Vgl. zu den rechtlichen Bedenken Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 191 ff.; zur Rechtfertigung dieser Regelung Sigg, Organ S. 157 ff., der auf den anstaltsähnlichen Charakter dieser Genossenschaften hinweist. In der Praxis wurde, in Erkenntnis des Wertes einer Gewaltentrennung zwischen Geschäftsführung und Kontrolle, eine gewisse Unabhängigkeit der Kontrollstelle bewahrt (vgl. Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 193). Die Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, in deren Interesse Art. 893 Abs. 1 OR ent-

Eine Sonderregelung besteht für Genossenschaften mit über 300 Mitgliedern. Das Zusammentreten der Genossenschafter kann bei Genossenschaften mit über 300 Mitgliedern oder mit Mitgliedern, die mehrheitlich wiederum Genossenschaften sind, unterbleiben. Die Stimmabgabe kann hier gemäß Art. 880 OR ganz oder zum Teil schriftlich erfolgen (Urabstimmung), oder die Befugnisse der Generalversammlung können gemäß Art. 892 Abs. 1 OR durch die Statuten einer Delegiertenversammlung¹⁶⁸ übertragen werden.

2.2.1.1. Zeitpunkt

Im Gegensatz zum Recht der Aktiengesellschaft, für die in Art. 699 Abs. 2 OR eine mindestens jährliche Einberufung vorgeschrieben ist, hat der Gesetzgeber im Genossenschaftsrecht keine derartige Bestimmung getroffen. Aus der Aufgabe der Entlastungserteilung haben

standen war (vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 233 f.), hat die Aufgaben des Art. 879 Abs. 2 OR einem "Aufsichtsrat" übertragen (vgl. hierzu Haab, Gedanken S. 85 ff., der betont, daß die Überwachungstätigkeit dieses Aufsichtsrats weit über die Möglichkeiten einer Generalversammlung hinausginge). Dieser "Aufsichtsrat" vereinigt die Kompetenzen des Verwaltungsrats und der Generalversammlung auf sich, jedoch dürfen bei der Wahl der Kontrollstelle die Mitglieder des Verwaltungsausschusses nicht teilnehmen (vgl. Art. 20 der Statuten). Vgl. zum exekutiven Charakter dieses "Aufsichtsrats" Ziff. 2.4.1 Fußnote 327.

168 Forstmoser, Genossenschaftswesen S. 162, Verwendung S. 356 und Grossgenossenschaften S. 289 plädiert dafür, Delegiertenversammlung und Urabstimmung für Genossenschaften ab einer bestimmten Größe zwingend vorzuschreiben, wie dies im deutschen Recht für die Generalversammlung geregelt ist, vgl. § 43a GenG.

Rechtsprechung¹⁶⁹ und Praxis¹⁷⁰ jedoch hergeleitet, daß auch die Generalversammlung der Genossenschaft mindestens im Jahresintervall zusammentreten oder zumindest in den Jahren ohne Generalversammlung eine Urabstimmung stattfinden müsse, da Betriebsrechnung und Bilanz, wie sich aus Art. 906 Abs. 1 OR ergibt, jährlich von der Verwaltung zu erstellen sind¹⁷¹.

2.2.1.2. Einberufung

Voraussetzung wirksamer Beschlußfassung der Generalversammlung ist die ordnungsgemäße Einberufung. Eine nicht ordnungsgemäß einberufene Generalversammlung ist keine Generalversammlung, ihre Beschlüsse sind deshalb grundsätzlich nichtig, es sei denn, alle Genossenschafter sind anwesend (Universalversammlung) und es wird nicht wegen der fehlerhaften Einberufung Widerspruch gegen die Beschlußfassung erhoben (Art. 884 OR)¹⁷².

Berechtigt zur Einberufung ist gemäß Art. 881 Abs. 1 OR in erster Linie die Verwaltung, gemäß den Statuten können

169 Vgl. BG in Praxis 30 (1941) Nr. 127 S. 281 sowie den positiven Kommentar zur Bejahung einer jährlichen Versammlungs- bzw. zumindest einer Urabstimmungspflicht, die aus den Aufgaben der Generalversammlung hergeleitet wird, in SAG 4/5 (1941/42) S. 97 f. und 105 ff.

170 Vgl. Henggeler, Differenzen S. 101 f.

171 Vgl. Steiner, Behandlung S. 97 f. sowie SAG 4/5 (1941/42) S. 106.

172 Vgl. BGE 71 II S. 387 und 78 II S. 46.

aber auch die anderen Organe¹⁷³ und gemäß Art. 881 Abs. 3 und 4 OR mittelbar auch eine bestimmte Anzahl der Genossenschafter die Generalversammlung einberufen. Gemäß Art. 882 Abs. 1 OR ist die Generalversammlung in der in den Statuten vorgesehenen Form und mindestens fünf Tage¹⁷⁴ vor dem Termin einzuberufen. In der Einberufung müssen gemäß Art. 883 Abs. 1 OR die Verhandlungsgegenstände bereits angekündigt werden, andernfalls kann gemäß Art. 883 Abs. 2 OR nicht über sie Beschluß gefaßt werden.

2.2.1.3. Beschlußfassung

Die Generalversammlung faßt die Beschlüsse bezüglich der ihr übertragenen Kontroll- und Prüfungsaufgaben gemäß Art. 888 Abs. 1 OR mit absoluter Mehrheit¹⁷⁵ der abgegebenen¹⁷⁶ Stimmen.

173 Hierin liegt eine Abweichung vom Recht der Aktiengesellschaft, bei der diese Möglichkeit in Art. 699 Abs. 1 OR nicht vorgesehen ist.

174 Der Gesetzgeber hat unter Hinweis auf die einfacheren Verhältnisse bei der Genossenschaft auf die im Recht der Aktiengesellschaft vorgeschriebene Zehn-Tage-Frist verzichtet, wodurch sich eine mangelnde Übereinstimmung mit der Auflagefrist der Betriebsrechnung, der Bilanz und des Revisionsberichts ergibt, da diese gem. Art. 856 Abs. 1 OR bereits zehn Tage vor der Generalversammlung aufzulegen sind, vgl. die Ausführungen zu dieser Diskrepanz bei Henggeler, Differenzen S. 96 f. sowie Forstmoser, Genossenschaftswesen S. 164 Fußnote 84, derselbe Anachronismus S. 165 Fußnote 73, der auf die mangelnde sachliche Rechtfertigung dieses Unterschieds hinweist.

175 Zum Mehrheitsprinzip als Grundlage der körperschaftlichen Entscheidungsbildung vgl. Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 17 f.

176 In den Statuten kann allerdings ein Quorum, d.h. die Anwesenheit einer Mindestzahl von Genossenschaftern vorgesehen werden, vgl. Capitaine, Organe S. 1.

Gemäß Art. 854 OR stehen grundsätzlich jedem Genossenschafter die gleichen Rechte und Pflichten zu¹⁷⁷, bezüglich des Stimmrechts wird in Art. 885 OR noch konkretisiert, daß jeder Genossenschafter in der Generalversammlung nur eine Stimme hat¹⁷⁸. Diese Gleichheit der Mitglieder gehört zu den historischen Grundsätzen der Genossenschaftsidee überhaupt. Trotzdem wird immer häufiger gefordert¹⁷⁹, von diesem Prinzip zugunsten eines gewichteten¹⁸⁰ Stimmrechts abzugehen, da in der Praxis bei großen Genossenschaften eine "Atomisierung der Mitglieder Gesamtheit" und damit eine Behinderung einer den Interessen entsprechenden Willensbildung der Genossenschafter stattfindet, die gerade auf dem Gebiet der Kontrolle die Beschlußfassung der Generalversammlung vielfach zur Farce herabmindert und der Verwaltung

177 Ohne Rücksicht auf seine finanzielle Beteiligung vgl. BGE 72 II S. 91.

178 Dieses Prinzip der einen Stimme pro Kopf wird nur bei der Delegiertenversammlung durchbrochen. Hier darf gem. Art. 892 Abs. 3 OR das Stimmrecht nach der Zahl der vertretenen Genossenschafter oder entsprechend anderer genossenschaftlicher Kriterien, nicht jedoch entsprechend der Kapitalbeteiligung abgestuft werden, vgl. Sigg, Organ S. 63 ff., 129 f.

179 Vgl. Forstmoser, Genossenschaftswesen S. 161, derselbe Grossgenossenschaften S. 87 und S. 199 ff. sowie Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 50 f.

180 Um eine Bestimmung der Entscheidungen durch das Kapital zu vermeiden (vgl. Barnes, Principes S. 130 ff.) dürfte die Abstufung nicht nach der Kapitalbeteiligung erfolgen, sondern nach personalistischen Kriterien, vgl. Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 290.

fast unbeschränkten Handlungsspielraum zuteil werden läßt¹⁸¹.

Eine Vertretung bei der Ausübung des Stimmrechts ist gemäß Art. 886 Abs. 1 OR nur durch einen anderen Genossenschafter möglich, der wiederum nur einen Genossenschafter vertreten darf. Gemäß Art. 886 Abs. 2 und 3 OR können die Statuten geringfügige¹⁸² Lockerungen dieser Bestimmung vorsehen, indem bei Genossenschaften mit über 1000 Mitgliedern bestimmt werden kann, daß ein Genossenschafter bis zu neun weitere vertreten darf und generell bei allen Genossenschaftstypen bestimmt werden kann, daß ein handlungsfähiger Familienangehöriger die Vertretung übernimmt.

2.2.1.4. Kontroll- und Prüfungsaufgaben

Der Generalversammlung obliegen neben ihren anderen Funktionen die in Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR genannten Aufgaben, die als unmittelbare Überwachungsfunktionen anzusehen sind. Daneben ist sie dazu berufen, gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 OR die Mitglieder der Verwaltung und der Kontrollstelle zu wählen und gemäß Art. 890 Abs. 1 OR wieder abzuberufen; hierin liegt eine bedeutende mittelbare Macht zur Überwachung. Die Generalversammlung hat ferner die Möglichkeit, durch Gestaltung der Kontrollstelle gemäß Art. 910

181 Vgl. Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 50 f. und Stauffacher, Mitbestimmung S. 205 ff.; vgl. auch die neue Regelung (Novelle 1973) im deutschen Genossenschaftsrecht, § 43 Abs. 3 Satz 2 bis 5 GenG, wo Mehrstimmrechte bis zu drei Stimmen im Statut vorgesehen werden können; vgl. zum ganzen Komplex nach deutschem Recht Ziff. 2.2.2.3.

182 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 252.

Abs. 1 OR weitere mittelbare Kontrolle auszuüben; sie kann die Pflichten der Kontrollstelle ausdehnen und Zwischenrevisionen anordnen. Gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5 OR können der Generalversammlung in den Statuten noch weitere Kontrolle und Prüfung betreffende Aufgaben übertragen werden.

2.2.1.4.1. Informationsrechte

Um den Genossenschaftern die für die Beschlußfassung in der Generalversammlung erforderlichen Informationen zu ermöglichen, sind Betriebsrechnung und Bilanz¹⁸³ gemäß Art. 856 Abs. 1 OR zusammen mit dem Revisionsbereich der Kontrollstelle¹⁸⁴, der gemäß Art. 908 Abs. 2 OR Voraussetzung einer Beschlußfassung der Generalversammlung über Betriebsrechnung und Bilanz ist, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung¹⁸⁵ zur Einsicht der Genossenschafter am Sitz der Genossenschaft aufzulegen. Falls die Statuten dies vorsehen, kann der einzelne Genossenschafter zur noch gründlicheren Information auch eine Abschrift der Betriebsrechnung und der Bilanz auf Kosten der Genossenschaft verlangen¹⁸⁶.

183 Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft (vgl. Art. 696 OR) hat der Gesetzgeber für die Genossenschaft keinen Geschäftsbericht vorgesehen, vgl. zu dieser Differenz gegenüber dem Aktienrecht Henggeler, Differenzen S. 107 ff.

184 Vgl. zum Revisionsbericht der Kontrollstelle unten Ziff. 2.6.4.4.

185 Oder der Urabstimmung, falls diese vorgesehen ist, vgl. Art. 880 OR.

186 Vgl. zu den Informationsrechten (Auskunfts- und Einsichtsrechte) der Genossenschafter Ziff. 2.3.1.1.

2.2.1.4.2. Abnahme der Betriebsrechnung und der Bilanz
gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 OR

2.2.1.4.2.1. Betriebsrechnung und Bilanz

In der Abnahme von Betriebsrechnung und Bilanz (und in der allfälligen Beschlußfassung über die Gewinnverteilung) kommt das Mitverwaltungsrecht¹⁸⁷ und auch das Kontrollrecht der Generalversammlung am stärksten zum Ausdruck, da sie hier originäre Kontrolle ausübt und nicht nur, wie bei der Entlastung der Verwaltung¹⁸⁸, nachträglich Haftungsfragen entscheidet.

Wesen und Inhalt von Betriebsrechnung und Bilanz ergeben sich aus Art. 957 ff. OR, die die kaufmännische Buchführung regeln, sowie aus den Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre. Hiernach versteht man unter der Betriebsrechnung ein Zahlenwerk, das durch Gegenüberstellung der Aufwendungen und der Einnahmen Informationen über die Entstehung des Betriebsergebnisses und über den Umsatz der Genossenschaft gibt^{189,190}. In der Betriebsrechnung sind die Bewegungen des dargestellten Geschäftsjahres wiedergegeben, die zu dem erwirtschafteten Jahresergebnis führten.

Die Bilanz hingegen stellt sozusagen eine Momentaufnahme der Genossenschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt, dem Bilanzstichtag, dar, sie ist eine statische Darstellung der Aktiva und Passiva der Genossenschaft zu

187 Vgl. Stauffacher, Mitbestimmung S. 209.

188 Vgl. Ziff. 2.2.1.4.3.

189 Vgl. zur Definition der Betriebsrechnung Gutzwiller, Kommentar Art. 856 Rdn. 9 ff.

190 Von Betriebsrechnung und Bilanz ist der für die Genossenschaft nicht erforderliche Geschäftsbericht zu unterscheiden, der mittels des Zahlenwerks bei der Darstellung in Worten gibt und über Vermögensstand, Tätigkeit der Gesellschaft und Jahresergebnis informiert, vgl. Henggeler, Differenzen S. 106 ff., der ausführlich den Zweck des Geschäftsberichts behandelt und für seine Einführung bei der Genossenschaft plädiert.

diesem Zeitpunkt. Der sich aus der Differenz gegebenenfalls ergebende Überschuß der Aktiva über die Passiva ist der Reingewinn¹⁹¹.

Die Anforderungen an den Inhalt der Betriebsrechnung und der Bilanz sind bei der Genossenschaft aufgrund ihrer einfacheren Verhältnisse wesentlich geringer als bei der Aktiengesellschaft¹⁹², für die in Art. 662 ff. OR eingehende Vorschriften existieren. Dennoch sind für die einzelnen Positionen, die auch in der einfacheren Bilanz der Genossenschaft erscheinen, die Bewertungsvorschriften des Aktienrechts analog anzuwenden, soweit die besonderen Verhältnisse der einzelnen Genossenschaften dem nicht widersprechen¹⁹³.

2.2.1.4.2.2. Abnahme

Der schweizerische Gesetzgeber hat den Begriff "Abnahme" dem ursprünglich vorgesehenen Begriff "Genehmigung" vorgezogen, um die Kompetenz der Generalversammlung noch eindringlicher bewußt werden zu lassen¹⁹⁴. Mit der Aufgabe Betriebsrechnung und Bilanz abzunehmen

¹⁹¹ Vgl. BGE 72 II S. 296.

¹⁹² Vgl. Henggeler, Differenzen S. 183 f. sowie die Darstellung einer Betriebsrechnung mittleren Volumens bei Gutzwiller, Kommentar Art. 856 Rdn. 10 ff. Eine Ausnahme gilt für die Kreditgenossenschaften und für die konzessionierten Versicherungsgenossenschaften, die gem. Art. 858 Abs. 2 OR aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit nach den strengen Anforderungen des Aktienrechts bilanzieren müssen.

¹⁹³ Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 856 Rdn. 17. Für die Aktiengesellschaft werden diese Bilanzierungsvorschriften heute bereits als ungenügend empfunden, vgl. hierzu Zwischenbericht Tschopp S. 39 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 29.

ist expressis verbis auch die Pflicht verbunden, beide Jahresrechnungen vorher zu überprüfen. Diese Prüfung muß von jedem Genossenschafter entsprechend seinen Fähigkeiten vorgenommen werden. Ihm hierfür die erforderlichen Informationen zu liefern, dienen die Art. 856 und 857 OR¹⁹⁵. Grenze dieses Informationsanspruchs ist das Interesse aller Genossenschafter als Gesamtheit wie auch der Genossenschaft als solcher an der Geheimhaltung dieser Information¹⁹⁶. Es muß sich jedoch um ein konkretes Interesse der Genossenschaft an der Geheimhaltung handeln, generelle Erwägungen genügen nicht. Die Genossenschafter haben gemäß Art. 857 Abs. 1 OR die Möglichkeit, zweifelhafte Ansätze bereits vorab mit der Kontrollstelle und der Verwaltung zu diskutieren, sie können aber auch erst innerhalb der Generalversammlung ihre Bedenken äußern und diese damit allen Genossenschaftern zu Gehör bringen.

Als Abschluß und Ergebnis der Erörterung von Betriebsrechnung und Bilanz innerhalb der Generalversammlung folgt dann die Beschlußfassung¹⁹⁷, ob beide Jahresrechnungen abgenommen werden, was nur die Feststellung ihrer sachlichen Richtigkeit, nicht jedoch eine Rechtfertigung der Verwaltung bedeutet.

2.2.1.4.3. Entlastung der Verwaltung gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 4 OR

Die Entlastung stellt einen gesellschaftsinternen Rechtsakt dar. Die Generalversammlung kann jedoch nur

195 Vgl. zu den Informationsrechten des Genossenschafters Ziff. 2.3.1.1.

196 Vgl. Henggeler, Differenzen S. 109 sowie Ziff. 2.3.1.1.

197 Vgl. Ziff. 2.2.1.3.

die Feststellung treffen, "dass gegen die verantwortlichen Organe während der zur Diskussion stehenden Periode keine Forderung" ... "wegen absichtlich oder fahrlässig mangelhafter Geschäftsführung entstanden ist"¹⁹⁸. Die Entlastung entfaltet ihre befreiende Wirkung jedoch nur bezüglich solcher Tatsachen, die bei sorgfältiger Prüfung erkennbar waren¹⁹⁹. Hinsichtlich der erforderlichen Sorgfalt stellt das Bundesgericht²⁰⁰ auf die Sorgfalt eines "ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen" ab, wobei außerdem noch eventuelle Mängel der Generalversammlung zu berücksichtigen sind²⁰¹.

Neben der allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß Art. 902 OR obliegt der Verwaltung eine Reihe entscheidender Pflichten aus Art. 901, 902 Abs. 2 und 3 sowie Art. 903, 904 OR, deren Einhaltung Gegenstand der Überprüfung durch die Generalversammlung ist. Gemäß Art. 916 OR haften auch nicht der Verwaltung angehörende, aber mit Verwaltungsaufgaben betraute Personen wie Verwaltungsangehörige. Auch auf sie erstreckt sich die Entlastungserteilung²⁰².

Die Generalversammlung kann jedoch auch dann, wenn sie Unregelmäßigkeiten festgestellt hat, aus Zweckmäßigkeitserwägungen Entlastung erteilen. Sie verzichtet

198 Vgl. Bürgi, Kommentar Art. 698 Rdn. 78, der dies zwar zur Aktiengesellschaft ausführt; es gilt jedoch ebenso für die Genossenschaft, da hinsichtlich des Entlastungsbeschlusses zwischen der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft Parallelen bestehen, vgl. Gutzwiller, Judikatur S. 18.

199 Vgl. BGE 78 II S. 155.

200 BGE 65 II S. 14 entscheidet die Frage zwar nur für die Aktiengesellschaft; da jedoch die Genossenschafter in der Regel weniger kaufmännische Erfahrung haben als die Aktionäre, gilt die Entscheidung analog für die Genossenschaften.

201 Vgl. Stauffacher, Mitbestimmung S. 208 gleichfalls für die Aktiengesellschaft.

202 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 30.

aber dann auf die ihr gegenüber der Verwaltung zustehenden Rechte²⁰³.

2.2.1.4.4. Wahl und Abberufung²⁰⁴ gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 890 OR

Die Verwaltung ist das sozusagen aktive Moment der Genossenschaft, von ihren Fähigkeiten hängt weitgehend die Erreichung des Genossenschaftszweckes ab. Wenn auch die Generalversammlung das oberste Organ der Genossenschaft ist, so muß man in der Verwaltung das de facto wichtigste Organ der Genossenschaft sehen²⁰⁵.

Die Aufgabe, die Mitglieder dieses Organs zu wählen und abzurufen, bildet daher keine einfache wiederkehrende Routine, sondern bedeutet die Übertragung einer für die Existenz der Genossenschaft lebenswichtigen Funktion²⁰⁶ auf die Generalversammlung. Sie stellt eine wesentliche Möglichkeit dar, mittelbar Kontrolle auszuüben, da die Generalversammlung Personen, die den in ein Verwaltungsratsmitglied gesetzten Erwartungen nicht entsprechen, von vornherein nicht wählen, oder falls einmal gewählt, wieder abberufen kann.

203 Vgl. Gutzwiller, Judikatur S. 57.

204 Obgleich die Abberufung der Mitglieder der Verwaltung und der Kontrollstelle gem. Art. 890 Abs. 1 OR systematisch zu den in Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5 OR genannten sonstigen durch Gesetz der Generalversammlung vorbehaltenen Aufgaben gehört und deshalb erst unter Ziff. 2.2.1.4.5. zu behandeln wäre, wird sie aus Gründen der sachlichen Zusammengehörigkeit bereits unter dieser Ziffer mit der Wahl der Verwaltungs- und Kontrollstellenmitglieder behandelt.

205 Vgl. zum faktischen Bedeutungsverlust der Generalversammlung bei Großgenossenschaften oben Ziff. 2.2.1.3.

206 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 27.

2.2.1.4.5. Übertragung von Befugnissen, die Kontrolle oder Prüfung betreffen, durch Gesetz und Statuten gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5 OR

Auch unter den sonstigen der Generalversammlung im Gesetz oder in den Statuten ausdrücklich zugewiesenen Befugnissen finden sich solche, die mittelbar die Ausübung von Kontrolle oder Prüfung bedeuten. Hierzu gehören²⁰⁷ die Bestimmung des Art. 846 Abs. 3 OR, wonach die Generalversammlung über die Ausschließung eines Genossenschafters beschließen muß (falls die Statuten diese Aufgabe nicht gemäß Satz 2 der Verwaltung übertragen haben), und Art. 857 Abs. 2 OR, der die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen von der ausdrücklichen Ermächtigung der Generalversammlung²⁰⁸ abhängig macht, sowie Art. 910 Abs. 1 OR, wonach die Generalversammlung die Befugnisse und Pflichten der Kontrollstelle ausdehnen und insbesondere Zwischenrevisionen vorsehen kann²⁰⁹.

Gemäß Art. 840 Abs. 3 OR kann in den Statuten z.B. die Aufnahme in die Genossenschaft von dem Beschluß der Generalversammlung abhängig gemacht werden.

207 Art. 890 OR wurde bereits unter Ziff. 2.2.1.4.4. behandelt.

208 Daneben kann die Einsichtnahme gem. Art. 857 Abs. 2, 2. Alt. OR auch von der Verwaltung gestattet oder gem. Art. 857 Abs. 3 OR vom Richter verfügt werden.

209 Das Recht gem. Art. 911 Ziff. 2 OR, die Auflösung der Genossenschaft zu beschließen, stellt kein Kontroll- oder Prüfungsrecht, sondern ein reines Sanktionsrecht dar.

2.2.2. Deutschland

Die Generalversammlung ist auch nach deutschem Recht das oberste Organ der Genossenschaft, sie kann alle Aufgaben, die nicht ausdrücklich einem anderen Organ zugewiesen sind, an sich ziehen²¹⁰. Die Generalversammlung hat umfangreiche Informations- und Kontrollrechte, wodurch in gewissem Umfang der Machtzuwachs kompensiert wird²¹¹, der sich speziell bei den großen Genossenschaften aus der Verselbständigung ergibt, die das Organ Vorstand durch den Verlust des direkten Kontaktes²¹² mit den Genossenschaftlern erfährt.

Bei Genossenschaften mit mehr als dreitausend Mitgliedern besteht gemäß § 43a GenG die Generalversammlung

210 Im Gegensatz zur Hauptversammlung der Aktionäre im Aktienrecht, die gem. § 119 Abs. 1 AktG auf die durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Angelegenheiten beschränkt ist, vgl. Paulick, Recht S. 240 sowie Schumacher, Organe S. 114.

Da die Rechte der Generalversammlung der Genossenschaft also ganz allgemein weiter gehen als die der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, sind die Vorschriften des Aktienrechts über die Rechte der Aktionäre in der Hauptversammlung in der Regel analog auf die Generalversammlung der Genossenschaft anwendbar, wenn das Genossenschaftsgesetz keine Bestimmungen trifft.

211 Erst durch die Verordnung über die Bilanzierung von Genossenschaften vom 30.5.1933 wurde der Vorstand verpflichtet, außer der Bilanz auch Gewinn- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht vorzulegen, vgl. zum Kompensationsgedanken auch Henzler, Genossenschaftswesen S. 63 f.

212 Dieser Verlust des direkten Kontaktes war bei den großen Genossenschaften durch die Zahl der Mitglieder bedingt und auch eine Folge des stark wechselnden Mitgliederbestandes, der wiederum aus dem Genossenschaftsprinzip der "offenen Tür" resultierte. Eine Auswirkung, die dem personalistischen Charakter der Genossenschaft widerspricht.

aus Vertretern der Genossenschafter²¹³. Diese Vertreterversammlung muß aus mindestens 50 von den Genossenschaftlern gewählten Vertretern bestehen (§ 43a Abs. 3 GenG).

2.2.2.1. Zeitpunkt

Auch im Genossenschaftsgesetz ist wie im schweizerischen Recht der Zeitpunkt der Einberufung der Generalversammlung nicht ausdrücklich festgelegt, sondern muß aus anderen Vorschriften hergeleitet werden.

Gemäß § 33 Abs. 2 GenG hat der Vorstand nach Ablauf jeden Geschäftsjahres der Generalversammlung den Jahresabschluß sowie einen Geschäftsbericht vorzulegen. Hieraus ist zu entnehmen, daß mindestens einmal jährlich eine Generalversammlung einberufen werden muß. Das Statut kann jedoch auch eine häufigere Einberufung vorsehen. Außerdem ist die Generalversammlung in allen im Genossenschaftsgesetz vorgesehenen Fällen²¹⁴, wie auch gemäß §§ 44 und 38 Abs. 2 GenG generell, einzuberufen, wenn die Interessen der Genossenschaft dies erfordern.

2.2.2.2. Einberufung

Gemäß § 6 Ziff. 4 GenG gehören zum notwendigen Inhalt des Statuts Vorschriften über die Form der Einberufung der Generalversammlung; die Einberufung muß durch unmittelbare Benachrichtigung sämtlicher Genossenschafter oder durch Bekanntmachung in der Tagespresse erfolgen²¹⁵.

²¹³ Bei Genossenschaften mit mehr als eintausendfünfhundert Mitgliedern kann gem. § 43a Abs. 1 Satz 2 GenG das Statut vorsehen, daß die Generalversammlung aus Vertretern der Genossenschafter besteht.

²¹⁴ So z.B. §§ 16 (Statutenänderung), 33i (Verlustergebnis), 45 (Minderheitseinberufung), 49 (Kreditbeschränkung), 50 (Einzahlungen auf Geschäftsanteil), 60 (Prüfungsverband), 78 (Auflösung), 93b (Verschmelzung), 104 (Konkurs).

²¹⁵ Ausdrücklich wird die Bekanntmachung im Bundesanzeiger als ungenügend herausgestellt, vgl. § 6 Ziff. 4 letzter Satz GenG.

Zur Einberufung berechtigt ist regelmäßig der Vorstand²¹⁶ und in den vom Gesetzgeber vorgesehenen Fällen auch der Aufsichtsrat²¹⁷, eine Minderheit der Genossenschafter²¹⁸ oder auch der Prüfungsverband²¹⁹. Ist die Generalversammlung von Unberechtigten einberufen worden, so ist sie nicht ordnungsgemäß einberufen und ihre Beschlüsse sind nichtig²²⁰. Gemäß § 46 Abs. 1 GenG muß die Einberufung in der im Statut gemäß § 6 Ziff. 4 GenG vorgesehenen Weise mit einer Frist von mindestens einer Woche erfolgen. Form- oder fristwidrige Einberufung der Generalversammlung hat die Anfechtbarkeit, in besonders schweren Fällen sogar die Nichtigkeit ihrer Beschlüsse zur Folge²²¹. Daß gemäß § 46 Abs. 2 GenG der Zweck der Generalversammlung mit der Einladung bekannt gegeben wird, ist nur eine Sollvorschrift. Die Gegenstände, über die Beschluß gefaßt werden soll, müssen hingegen außer einigen Ausnahmen gemäß § 46 Abs. 2 GenG mindestens drei Tage vor der Generalversammlung angekündigt werden.

2.2.2.3. Beschlußfassung

Für die Beschlußfassung zu den der Generalversammlung obliegenden Kontrollaufgaben genügt gemäß § 43 Abs. 1 und 2 GenG die einfache - sogenannte relative - Mehr-

216 Vgl. § 44 GenG, wonach durch Gesetz oder Statuten auch andere Personen befugt sein können. Dies bezieht sich jedoch nach h.M. nicht auf Nichtmitglieder der Genossenschaft (einzige Ausnahme bildet der Prüfungsverband), vgl. Caspers, Verfassung S. 88.

217 Vgl. § 38 Abs. 2 GenG.

218 Vgl. § 45 Abs. 1 GenG.

219 Vgl. § 60 Abs. 1 GenG.

220 Vgl. BGH vom 26.10.1955 in BB 1955 Nr. 1845.

221 Vgl. den Beschluß des LG Verden/Aller vom 9.7.1953, abgedruckt in "Der Verbraucher" 1957 S. 187.

heit²²² der abgegebenen Stimmen der erschienenen Genossenschafter, einzig der Widerruf der Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes, der mittelbare Kontrollausübung sein kann, erfordert eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossenschafter.

Der bislang geltende und zu den Fundamenten des Genossenschaftswesens zählende demokratische Grundsatz der Stimmengleichheit der Genossenschafter - one man one vote - wurde in der Neuregelung des Genossenschaftsgesetzes vom 9.10.1973 abgeschwächt²²³. Gemäß § 43 Abs. 3 GenG kann das Statut Mehrstimmrechte für Genossenschafter vorsehen, die den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft besonders fördern²²⁴. Dieses Mehrstimmrecht wurde allerdings für Primärgenossenschaften eingeschränkt. Gemäß § 43 Abs. 3 Satz 5 GenG darf ein Genossenschafter nur bis zu drei Stimmen auf sich ver-

222 Qualifizierte Mehrheiten werden im Gesetz z.B. für Beschlüsse verlangt, die das Statut, die Haftung der Genossenschafter oder den Bestand der Genossenschaft zum Gegenstand haben, vgl. die Aufzählung bei Paulick, Recht S. 249; daneben können durch das Statut für bestimmte Beschlüsse qualifizierte Mehrheiten vorgeschrieben werden. Durch die Gesetzesnovelle von 1972 wurde § 43 GenG dahingehend klar gefaßt, daß nur die abgegebenen Stimmen zählen. Um eine Verzerrung des Genossenschaftswillens zu vermeiden, ging die h.M. auch schon vor dieser Regelung davon aus, daß Mitglieder, die zwar erschienen waren, sich jedoch an der Abstimmung nicht beteiligt hatten, nicht den Neinstimmen zugerechnet werden durften, vgl. Paulick, Recht S. 247 f. sowie den § 83 des Entwurfs und Begründung des Reichsjustizministeriums von 1938/39, abgedruckt bei Caspers, Verfassung S. 90.

223 Vgl. zu den Bedenken gegen ein Abgehen von diesem Grundsatz Caspers, Verfassung S. 85 f. sowie Baur, Diskussion S. 274, zur Entstehung dieser Regelung, die sich nicht an der Genossenschaftsdoktrin, sondern an den Bedürfnissen der Genossenschaftswirklichkeit orientierte.

224 Den Vertretern in der Vertreterversammlung können im Statut jedoch gem. § 43a Abs. 3 Satz 3 GenG keine Mehrstimmrechte eingeräumt werden.

einen; zudem ist das Mehrstimmrecht für bestimmte, in § 43 Abs. 3 Satz 6 GenG aufgezählte Beschlüsse ausgeschlossen.

Die Gründe für die Zulassung von Mehrstimmrechten waren, dem mit der absoluten Stimmgleichheit verbundenen Atomisierungseffekt entgegenzuwirken und Personen, die den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft besonders fördern, entsprechend erhöhten Einfluß zu ermöglichen. Geht man von dem in der Literatur²²⁵ vertretenen erweiternden Verständnis des Begriffs "fördern" aus und bezieht alle Genossenschafter ein, die für den Geschäftsbetrieb besonders wichtig sind, so fällt hierunter auch die ebenfalls neu geregelte Möglichkeit der Pflichtstaffelbeteiligung²²⁶ gemäß § 7a Abs. 2 Satz 2 GenG. Einem nach dieser Staffel höher beteiligten Genossenschafter, dem dadurch eine größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt, auch ein größeres Stimmrecht zu gewähren, bildet das gerechte Korrelat zu seiner höheren Einzahlungsverpflichtung²²⁷. Das das Genossenschaftsrecht beherrschende Gleichbehandlungsprinzip wird durch eine derartige sachgerechte Differenzierung nicht verletzt.

Entsprechend dem persönlichen Charakter des genossenschaftlichen Stimmrechts²²⁸ ist auch die Bevollmächtigung

225 Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Bemerkungen S. 19 ff., Westermann, Modernisierung S. 334 f. sowie Lembke, Bemessung.

226 Durch die Neuregelung des § 7a GenG wird die Beteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen ermöglicht. Eine Maßnahme, um die nach den bisherigen Erfahrungen meist zu knappe Kapitaldecke der Genossenschaft zu vergrößern.

227 Vgl. Westermann, Modernisierung S. 335. Vgl. auch die Bedenken gegen eine Abstufung nach Kapitalbeteiligung bei Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 290.

228 Vgl. § 43 Abs. 4 GenG.

eines Vertreters stark eingeschränkt²²⁹. Gemäß § 43 Abs. 5 Satz 3 GenG kann ein Genossenschafter nicht mehr als zwei andere vertreten. Daneben kann das Statut gemäß § 43 Abs. 5 Satz 4 GenG weitere Voraussetzungen für eine Vollmachtserteilung aufstellen oder die Vollmachtserteilung zur Ausübung des Stimmrechts ganz verbieten.

2.2.2.4. Kontroll- und Prüfungsaufgaben der Generalversammlung

Die Generalversammlung ist oberstes Willens- und Entscheidungsorgan der Genossenschaften²³⁰. Zu den Rechten, deren Ausübung durch Beschlußfassung der Genossenschafter innerhalb der Generalversammlung erfolgt, gehören auch Kontroll- und Prüfungsrechte.

Gemäß § 48 Abs. 1 GenG beschließt die Generalversammlung über den Jahresabschluß²³¹ und über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrates²³² sowie gemäß § 59 Abs. 1 GenG über den Bericht des Prüfungsverbandes. Diese Rechte sind zwingende und unentziehbare Rechte der Generalversammlung²³³. Außer diesen direkten Kontroll- und Prüfungsrechten stehen der Generalversammlung noch weitere Rechte zu, die zumindest mittelbar - da beeinflußt von der direkten Prüfungstätigkeit -

229 In der alten Fassung des § 43 GenG war die gewillkürte Vertretung gänzlich ausgeschlossen.

230 Vgl. Ziff. 2.2.2.

231 Gem. der Legaldefinition in § 33 Abs. 2 GenG umfaßt der Begriff "Jahresabschluß" Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung.

232 Daneben beschließt sie über den auf die Genossenschafter entfallenden Betrag des Gewinns oder Verlustes.

233 An die Stelle der Generalversammlung kann jedoch gem. § 43a Abs. 1 Satz 1 GenG die Vertreterversammlung treten.

als Ausübung von Kontrolle und Prüfung zu sehen sind, wie die Wahl (§§ 24 Abs. 2, 36 Abs. 1 GenG) und die Abberufung (§§ 24 Abs. 3, 36 Abs. 3 GenG) der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder die Entscheidung über die Prozeßführung gegen Vorstandsmitglieder gemäß § 39 Abs. 1 GenG. Daneben steht der Generalversammlung aufgrund ihrer Eigenschaft als oberstes Organ der Genossenschaft das Recht zu, über alle Gegenstände, die nicht durch Gesetz oder Statut²³⁴ einem anderen Organ zugewiesen sind, Beschluß zu fassen²³⁵. Hieraus läßt sich auch ableiten, daß, wie im schweizerischen Recht, kraft Statut weitere Aufgaben, die nicht im Gesetz anderen Organen zugewiesen sind, der Generalversammlung übertragen werden können²³⁶.

2.2.2.4.1. Informationsrechte

Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung sowie Geschäftsbericht sind gemäß § 33 Abs. 2 GenG nach Ablauf jeden Geschäftsjahres mit den Bemerkungen des Aufsichtsrats

234 Vgl. Schumacher, Organe S. 117, wonach die Generalversammlung auch Aufgabenzuweisungen durch das Statut beachten muß.

235 Vgl. Paulick, Recht S. 240 sowie § 44 Abs. 2 GenG. Aus § 43 Abs. 1 GenG kann diese Kompetenz nicht hergeleitet werden, da hier nur die Rechtsausübung der Genossenschafter, nicht die Zuständigkeit der Generalversammlung geregelt wird, vgl. RGZ 73 S. 410.

236 Die Macht der Generalversammlung geht so weit, daß sie sogar auf die laufende Geschäftsführung Einfluß nehmen kann, indem sie den Vorstand durch Beschlüsse bindet (vgl. Bundesjustizministerium, Reform Bd. 1 S. 45), da eine dem § 119 Abs. 2 AktG entsprechende einschränkende Vorschrift im Genossenschaftsrecht fehlt und eine solche Beschlußfassung also nicht, wie bei der Aktiengesellschaft, nur auf Verlangen des Vorstandes stattfinden kann.

der Generalversammlung vorzulegen. Gemäß § 48 Abs. 2 GenG sollen diese Unterlagen mindestens eine Woche vor der Generalversammlung zur Einsicht der Genossenschafter ausgelegt oder ihnen auf andere Weise zur Kenntnis gebracht werden, um ihnen die Informationen zu ermöglichen, die zur Rechtsausübung in der Generalversammlung erforderlich sind. Jeder Genossenschafter ist gemäß § 48 Abs. 2 Satz 2 GenG berechtigt, auf seine eigenen Kosten Abschriften zu verlangen. Ein Verstoß gegen diese Publikationsvorschriften hat jedoch, da es sich nur um eine Sollvorschrift handelt, regelmäßig nur die Anfechtbarkeit, nicht die Nichtigkeit der in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse zur Folge²³⁷.

Um der Generalversammlung die ihr als oberstem Organ zustehende Einflußnahme auf die Geschäftspolitik der Genossenschaft zu ermöglichen und um der personalistischen Struktur gerecht zu werden, darf im Mittelpunkt des Berichts des Vorstandes nicht nur, wie etwa bei der Aktiengesellschaft, das Jahresergebnis und seine Verwendung stehen, sondern daneben auch das Maß der Verwirklichung der genossenschaftlichen Zielsetzung im Geschäftsverkehr mit den Genossenschaf tern im abgelau fenen Geschäftsjahr wie auch in der Planung für das kommende Geschäftsjahr²³⁸.

2.2.2.4.2. Beschlußfassung über den Jahresabschluß

Der Jahresabschluß umfaßt gemäß der in § 33 Abs. 2 GenG enthaltenen Legaldefinition die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung. Wie bereits zum schweizerischen

237 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 51 Anm. 1 sowie RGZ 60 S. 409.

238 Vgl. Henzler, Genossenschaftswesen S. 120.

Recht ausgeführt²³⁹, stellt die Bilanz sozusagen eine Momentaufnahme der Aktiva und Passiva der Genossenschaft zum Bilanzstichtag dar, die Gewinn- und Verlustrechnung hingegen, die dem schweizerischen Begriff der Betriebsrechnung entspricht, ist ein Zahlenwerk, das durch Gegenüberstellung der Aufwendungen und der Einnahmen über die Entstehung des Betriebsergebnisses informiert. Die Anforderungen an Form und Inhalt des Jahresabschlusses sind in §§ 33a bis 33h GenG festgelegt, darüber hinaus gelten gemäß § 33b GenG subsidiär die §§ 38 bis 47a HGB sowie die allgemeinen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung.

Solange der Jahresabschluß nicht von der Generalversammlung festgestellt wurde, ist er nur ein unverbindlicher Entwurf²⁴⁰. Die Genehmigung des Jahresabschlusses durch die Generalversammlung stellt also die Voraussetzung für einen gültigen Jahresabschluß und damit für die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der Genossenschaft dar²⁴¹. Die Generalversammlung kann die von ihr nicht gebilligten Passagen des von Vorstand und Aufsichtsrat vorgelegten Jahresabschlußentwurfs abändern, sie muß sich hierbei jedoch auch an die im Gesetz und in den Statuten gegebenen Vorschriften halten²⁴².

239 Ziff. 2.2.1.4.2.

240 Vgl. die hier analog geltenden Ausführungen bei Baumbach/Hueck, Kommentar § 172 AktG Anm. 2.

241 Vgl. Müller, Kommentar § 48 Rdn. 2.

242 Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung § 173 AktG Rdn. 4.

2.2.2.4.3. Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates

Die Beschlußfassung über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates gemäß § 48 Abs. 1 GenG ist eine vom Gesetzgeber der Generalversammlung zwingend zugewiesene Aufgabe, die keinem anderen Organ übertragen und nicht von der Zustimmung anderer Organe abhängig gemacht werden kann.

Die Entlastung bedeutet, daß die Generalversammlung mit der Tätigkeit des Vorstandes oder des Aufsichtsrates einverstanden ist, über die sie sich aus den ihr zugänglichen Unterlagen informieren konnte²⁴³. Die Entlastung bewirkt durch das darin ausgedrückte Einverständnis mit der Geschäftsführung in der abgelaufenen Periode das Zustandekommen bzw. Bestehenbleiben der Vertrauensgrundlage für die weitere Tätigkeit des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Unmittelbare Rechtsfolgen, wie etwa einen Verzicht auf Ersatzansprüche, hat die Entlastung jedoch nicht²⁴⁴. Da diese Vertrauensbekundung im Ermessen der Generalversammlung steht, haben Vorstand und Aufsichtsrat hierauf keinen klagbaren

243 Gem. BGH in NJW 1959 S. 194 bezieht sich die Entlastung nur auf Mängel, die die Generalversammlung erkennen konnte.

244 Dies wird für die Aktiengesellschaft in § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG ausdrücklich festgestellt und gilt analog für die Genossenschaft. Gem. BGHZ 29 S. 385 kann die Entlastung allerdings ausnahmsweise einen Verzicht auf Ersatzansprüche bedeuten, die aus der abgelaufenen Periode bekannt waren oder sein konnten, wenn sämtliche Genossenschafter der Entlastung zugestimmt haben. Da diese Entscheidung jedoch einen Sonderfall betraf, bei dem die Aktionäre außerhalb der Hauptversammlung Entlastung erteilten, und es einen Rechtsmißbrauch bedeuten würde, sich hier auf § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG zu berufen, kann diese Entscheidung nicht generalisiert werden, vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung § 176 AktG Rdn. 26.

Anspruch. Wegen der fehlenden Rechtsfolgen der Entlastung fehlt auch das Rechtsschutzbedürfnis²⁴⁵.

Soweit in den Statuten keine qualifizierte Mehrheit vorgesehen ist, genügt für die Beschlußfassung über die Entlastung die einfache Mehrheit gemäß § 43 Abs. 1 und 2 GenG. Um einen Interessenkonflikt zu vermeiden, dürfen die Mitglieder des Organs, über dessen Entlastung abgestimmt wird, nicht mitstimmen²⁴⁶.

Bei der Entscheidung über die Entlastung hat die Generalversammlung freien Ermessensspielraum, sie kann also, auch wenn Verstöße und Fehler begangen wurden, Entlastung erteilen²⁴⁷; so etwa, wenn sie glaubt, daß das betroffene Organ aus diesen Fehlern gelernt hat und sie in der nächsten Geschäftsperiode nicht mehr wiederholen wird.

Auch die Verweigerung der Entlastung hat keine unmittelbare Rechtswirkung und bedeutet nicht die Abberufung der Organträger²⁴⁸. De facto hat die Verweigerung jedoch wegen der damit ausgesprochenen Mißbilligung starke Wirkung. Die betroffenen Organträger werden bemüht sein, in Zukunft den Vorstellungen der Generalversammlung zu entsprechen, oder sie werden ihren Rücktritt erklären. Daneben haften die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der Genossenschaft gemäß §§ 34, 41 GenG auf Schadenersatz. Die Generalversammlung kann gemäß § 39 Abs. 1 1. H.S. GenG die Durchführung einer solchen Klage auf Schadenersatz beschließen. Richtet sie sich gegen den Vorstand, so

245 Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung § 176 AktG Rdn. 32.

246 Vgl. insofern die für das Genossenschaftsrecht analog geltenden Ausführungen bei Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung § 176 AktG Rdn. 16.

247 Vgl. BGH in NJW 1973 S. 113.

248 Vgl. Müller, Kommentar § 48 Rdn. 14.

ist gemäß § 39 Abs. 1 GenG der Prozeß durch den Aufsichtsrat zu führen, richtet sie sich gegen den Aufsichtsrat, so ist der Prozeß gemäß § 39 Abs. 3 GenG durch Bevollmächtigte zu führen, die von der Generalversammlung gewählt werden.

2.2.2.4.4. Beschlußfassung über den Bericht des Prüfungsverbandes

Grundsätzlich kann für die Beschlußfassung über den Prüfungsbericht gemäß § 59 Abs. 1 GenG die dem Prüfungsbericht folgende Generalversammlung abgewartet werden. Wenn der Bericht jedoch Feststellungen enthält, auf die sofortige Maßnahmen der Generalversammlung erforderlich sein könnten, so muß sofort eine außerordentliche Generalversammlung einberufen werden²⁴⁹.

Um über den Bericht Beschluß fassen zu können, muß der Vorstand den Bericht in seinem wesentlichen Inhalt dargestellt und kommentiert²⁵⁰ und der Aufsichtsrat sich gemäß § 59 Abs. 2 GenG erklärt haben.

2.2.2.4.5. Wahl und Abberufung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern

Gemäß § 24 Abs. 2 und 3 GenG ist die Generalversammlung berufen, den Vorstand und gemäß § 36 Abs. 1 und 3

249 Vgl. Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 59 Anm. 1.

250 Vgl. Müller, Kommentar § 59 Rdn. 3.

GenG den Aufsichtsrat der Genossenschaft zu wählen²⁵¹ und abzuberufen²⁵². Diese Aufgaben, die an sich keine Kontrollfunktionen darstellen, können den Charakter von Reaktionen bzw. Sanktionen auf Kontroll- und Prüfungserkenntnisse erhalten. Bei der vorzeitigen Abberufung eines Mitglieds des Vorstands oder des Aufsichtsrats ist dies besonders klar ersichtlich, da der Grund hierfür nur in einer Mißbilligung seiner bisherigen Tätigkeit liegen kann. Durch diese Sanktionsmöglichkeit erhält die Kontroll- und Prüfungskompetenz der Generalversammlung eine weitere²⁵³ "Bewehrung", die die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben anhält.

2.2.3. Vergleich

Dem Problem der "Atomisierung" des Mitgliederwillens bei größeren Genossenschaften wirkt das deutsche Genossenschaftsrecht entgegen, in dem es unter Abschwächung des Grundsatzes "one man one vote" Mehrstimmrechte für Mitglieder erlaubt, die den Genossenschafts-

251 Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 GenG kann die Bestellung des Vorstands durch die Statuten auch einem anderen Organ, z.B. dem Aufsichtsrat, übertragen werden, dies ändert jedoch nichts an der ausschließlichen Zuständigkeit der Generalversammlung für die Entscheidung über die endgültige Abberufung von Vorstandsmitgliedern, vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 40 Anm. 1.

252 Die Amtsenthebung von Vorstandsmitgliedern gem. § 40 GenG durch den Aufsichtsrat hat nur vorläufige Natur, die Entscheidung über Abberufung und Kündigung des Dienstverhältnisses liegt allein bei der Generalversammlung, vgl. Ziff. 2.5.4.6.

253 Daneben sind bereits die Haftungsvorschriften der §§ 34 Abs. 2 und 3, 41 GenG geeignet, die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Pflichterfüllung anzuhalten.

betrieb besonders fördern. Eine weitere Regelung mit dem gleichen Ziel war es, für Großgenossenschaften die Vertreterversammlung obligatorisch vorzuschreiben.

Beiden Regelungen wohnen jedoch Gefahren inne. Durch das Mehrstimmrecht kann, sozusagen durch die Hintertüre, ein dem Wesen der Genossenschaft widersprechendes kapitalistisches Moment in die Genossenschaft Eingang finden, durch die Vertreterversammlung wird die unmittelbare Teilnahme des Genossenschafters am Genossenschaftsleben verhindert, was zu einer Verringerung seines animus socii führen kann.

Ein weiterer Unterschied zum schweizerischen Recht liegt darin, daß im deutschen Recht auch für die Genossenschaft ein Geschäftsbericht vorgeschrieben wird.

Die für die Ausübung der Kontroll- und Prüfungsrechte notwendige Information der Mitglieder wird hierdurch verbessert. Diese Informationsverbesserung wird jedoch dadurch aufgewogen, daß für den schweizerischen Genossenschafter vor der Generalversammlung auch der Bericht der Kontrollstelle aufgelegt werden muß. Der Prüfungsbericht des deutschen Prüfungsverbandes hingegen ist dem deutschen Genossenschafter nicht zugänglich, er erhält erst Einblicke durch die Verpflichtung des Aufsichtsrats gemäß § 59 Abs. 2 GenG, wesentliche Feststellungen oder Beanstandungen, die der Prüfungsbericht eventuell enthält, in der Generalversammlung zu erläutern oder den Bericht gemäß § 59 Abs. 3 GenG in der Generalversammlung zu verlesen, wenn der Verband dies beantragt.

2.3. Kontrolle durch die Genossenschafter

Die Rechte der Genossenschafter lassen sich einteilen in einerseits vermögensmäßige Rechte und andererseits nicht vermögensmäßige Rechte²⁵⁴. Letztere sind wiederum unterteilbar in Mitwirkungs²⁵⁵- und Schutzrechte²⁵⁶.

Die Schutzrechte, die den einzelnen Genossenschafter vor Mißbräuchen der Verwaltung, wie auch der Mehrheit der Genossenschafter, schützen, lassen sich unterteilen in Informationsrechte und Sanktionsrechte²⁵⁷. Die Informationsrechte sind in vollem Umfang Kontroll- und Prüfungsrechte, die Sanktionsrechte²⁵⁸ sind nur zum Teil Kontroll- und Prüfungsrechte.

Bei der Ausübung dieser Rechte ist der einzelne Genossenschafter jedoch infolge der personalistischen Aus-

254 Oder anders bezeichnet als Rechte vermögensrechtlicher und Rechte persönlicher Natur, letztere auch Herrschaftsrechte bzw. Organschaftsrechte genannt, vgl. Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 2 sowie Paulick, Recht S. 189.

255 Zu den Mitwirkungsrechten gehört das Stimmrecht in der Generalversammlung. Da die Generalversammlung viele Kontrolle und Prüfung betreffende Beschlüsse faßt, könnte man bereits im Stimmrecht ein Kontrollrecht sehen. Diese Rechte werden jedoch von der Generalversammlung als Kollektiv ausgeübt und wurden deshalb unter Ziff. 2.2. behandelt; hier interessieren nur die Rechte des Genossenschafters als Einzelperson.

256 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 190 ff. sowie Moser, Wohnbaugenossenschaften S. 110 f.

257 Vgl. Düggelin, Sonderprüfung S. 23.

258 Kontroll- und Prüfungsrechte können systematisch nicht unter die Sanktionsrechte eingeordnet werden, da zwar die im folgenden genannten Kontrollrechte Sanktionsrechte sind, jedoch einzelne Sanktionsrechte, wie z.B. der Austritt aus wichtigem Grund, die Verantwortlichkeitsklage oder das Recht der Generalversammlung, die Auflösung der Genossenschaft zu verlangen, gerade einen Gegensatz zu den Kontroll- und Prüfungsrechten bilden, da sie systematisch nur eine Folge von Kontrolle und Prüfung sein können.

gestaltung der Genossenschaft durch den übergreifenden Grundsatz der gegenseitigen Treue gebunden. Er darf hiernach grundsätzlich nichts tun, was den in den Statuten festgelegten Zweck der Genossenschaft beeinträchtigt²⁵⁹.

2.3.1. Schweiz

2.3.1.1. Informationsrechte

Die Informationsrechte der Genossenschafter beinhalten Auskunfts- und Einsichtsrechte. Sie stellen gemäß Art. 857 Abs. 4 OR unentziehbare Rechte des Genossenschafters dar.

2.3.1.1.1. Grenzen der Informationsrechte

2.3.1.1.1.1. Zeitliche Begrenzung

Der Gesetzgeber hat bei der Genossenschaft in Art. 856 und 857 OR diese Rechte in den sachlichen Zusammenhang mit den Rechtsausübungen des Genossenschafters in der

259 Vgl. zum schweizerischen Recht BGE 69 II S. 48 f. und 89 II S. 149 ff. sowie Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 427 ff. Vgl. für das deutsche Recht BGH Z 27 S. 297; 31 S. 43 sowie Schmutzer, Treuebindung S. 17 f.

Generalversammlung gestellt²⁶⁰. Art. 856 OR enthält nicht die in dem ansonsten nahezu gleichlautenden Art. 696 Abs. 2 OR für die Aktionäre vorgesehene Möglichkeit, auch während des laufenden Jahres in die Jahresrechnungen Einsicht zu nehmen. Die in Art. 856, 857 OR verankerten Informationsrechte sind deshalb nach herrschender Lehre und Praxis nur während der Generalversammlung und während der 10tägigen Auflagefrist ausübbar²⁶¹.

Die in Art. 857 Abs. 2 OR vorgesehenen Einsichtsrechte sind ausschließlich auf Betriebsrechnung und Bilanz zu beziehen²⁶², umfassen jedoch alle für die Ausübung der Kontrolle erheblichen Tatsachen, wie dies vom Gesetzgeber in Art. 857 Abs. 3 OR für die Auskunft aufgrund richterlicher Verfügung auch ausgedrückt wurde.

2.3.1.1.1.2. Geschäftsgeheimnis

Gemäß Art. 857 Abs. 2 letzter Halbsatz OR bildet das Geschäftsgeheimnis eine weitere Begrenzung der Informationsrechte. "Geschäftsgeheimnis" umfaßt "alle Tat-

260 Bei Art. 857 OR ergibt sich dies aus der vorangestellten Möglichkeit gem. Abs. 1, die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam zu machen. Zweifelhafte Ansätze können sich in diesem Zusammenhang nur in Betriebsrechnung und Bilanz ergeben, Art. 857 OR soll nach dem Willen des Gesetzgebers also auch, wie Art. 856 OR, der Entscheidungsfindung des Genossenschafters zur Ausübung seiner Rechte in der Generalversammlung dienen.

261 Vgl. Düggin, Sonderprüfung S. 56; Wyss, Auskunftserteilung S. 213.

262 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 857 Rdn. 20 und 22.

sachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse der Genossenschaft besteht"²⁶³.

2.3.1.1.1.3. Interessen der Genossenschaft

Gemäß Art. 857 Abs. 3 letzter Satz OR dürfen durch die Ausübung der Informationsrechte die Interessen der Genossenschaft nicht gefährdet werden. Die Verweigerung der Auskunft kann hier auch in der Person des Genossenschafters liegen oder sich aus einer konkreten Konstellation ergeben. Diese Einschränkung der Informationsrechte berücksichtigt noch stärker den subjektiven Bereich der individuellen Genossenschaft, als dies bei der Einschränkung "Geschäftsgeheimnis" der Fall ist²⁶⁴.

2.3.1.1.1.4. Die genossenschaftliche Treuepflicht

Eine weitere Grenze bildet die sich aus dem Charakter der Personengesellschaft ergebende genossenschaftliche Treuepflicht, die in Art. 866 OR ausdrücklich statuiert ist²⁶⁵. Der Genossenschafter ist dadurch verpflichtet,

263 Vgl. BGE 65 I S. 333 E 4a für die Aktiengesellschaft sowie zur Einteilung in absolute und relative Geschäftsgeheimnisse Düggin, Sonderprüfung S. 51.

264 Abweichende Meinung in der aktienrechtlichen Literatur, daß "Geschäftsgeheimnis" (im Sinne des Bundesgerichts extensiv ausgelegt) mit Gesellschaftsinteresse identisch sei, vgl. Eigenmann in SAG 26 (1953/54) S. 34.

265 Eine Herleitung des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben aus Art. 2 ZGB, wie dies wegen der Verneinung einer Treuepflicht im Aktienrecht der Fall ist, ist im Genossenschaftsrecht nicht erforderlich, vgl. Düggin, Sonderprüfung S. 52.

seine Informationsrechte nicht rechtsmißbräuchlich auszuüben und der Genossenschaft nicht zu schaden²⁶⁶.

2.3.1.1.2. Auskunftsrechte²⁶⁷

Art. 857 Abs. 1 OR berechtigt den Genossenschafter, die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze in Betriebsrechnung und Bilanz aufmerksam zu machen und die erforderlichen Aufschlüsse zu verlangen. Diese Aufschlüsse müssen jedoch nicht nur von der Kontrollstelle erteilt werden, wie man aufgrund des Gesetzeswortlauts annehmen könnte, sondern auch von der Verwaltung²⁶⁸. Gemäß dem in Art. 855 OR verankerten Grundsatz wird der Genossenschafter in der Regel seine Fragen in der Generalversammlung mündlich vorbringen, er kann dies jedoch auch innerhalb der in Art. 856 OR vorgesehenen 10tägigen Auflagefrist schriftlich tun²⁶⁹.

2.3.1.1.3. Einsichtsrechte

2.3.1.1.3.1. Genehmigungsfreie Einsichtsrechte

Art. 856 OR gibt den Genossenschaftern das Recht, die Jahresrechnungen und den Revisionsbericht am Sitz der Genossenschaft einzusehen. Die Gesellschaft ist also

266 Ein Beispiel hierfür wäre die Ausübung der Informationsrechte, um die Verwaltung dadurch zu schikanieren.

267 Die Auskunftsrechte werden hier systematisch vor den Einsichtsrechten behandelt, da die Einsichtnahme gem. Art. 857 Abs. 2 OR gegenüber der Auskunft ein genehmigungsbedürftiges Mehr darstellen kann.

268 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 857 Rdn. 23.

269 BGE 54 II S. 25 für die Aktiengesellschaft.

nicht verpflichtet, ihm die Jahresrechnung zuzuschicken, sie muß ihm nur die Auflegung mitteilen²⁷⁰. Gemäß Abs. 2 können die Statuten jedoch bestimmen, daß der Genossenschafter berechtigt ist, auf Kosten der Genossenschaft eine Abschrift der Jahresrechnung zu verlangen.

2.3.1.1.3.2. Genehmigungssabhängige Einsichtsrechte

In Art. 857 Abs. 2 OR wird dem Genossenschafter ein Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen gewährt, welches jedoch von der Ermächtigung der Generalversammlung oder einem die Einsicht gestattenden Beschluß der Verwaltung abhängig gemacht wird. Den eventuellen Einwand der Verwaltung, die gewünschte Information tangiere ein Geschäftsgeheimnis, wird in der Praxis vom einzelnen Genossenschafter nur schwer zu widerlegen sein²⁷¹.

2.3.1.1.4. Klagerecht auf Auskunftserteilung

Werden dem Genossenschafter die geforderten Auskünfte und Einsichten nicht gewährt, kann er gemäß Art. 857 Abs. 3 OR mit Hilfe einer richterlichen Verfügung erzwingen, daß ihm über Tatsachen, die für die Ausübung seines Kontrollrechts erheblich sind, Abschriften aus Geschäftsbüchern und Korrespondenzen gefertigt werden. Das Informationsrecht schlägt hier in ein Sanktionsrecht um²⁷².

270 Dies kann durch persönlichen Brief oder auch durch geeignete Bekanntmachung geschehen, vgl. Düggin, Sonderprüfung S. 37.

271 Vgl. Forstmoser, Genossenschaftsrecht S. 73.

272 Vgl. die systematische Einteilung unter Ziff. 2.3.

Voraussetzung der Klageerhebung ist, daß der Genossenschafter mit einem Auskunfts- oder Einsichtsbegehren abgelehnt wurde. Der Richter hat bei seiner Entscheidung eine Abwägung zwischen den Interessen der Genossenschaft und denen des Genossenschafters vorzunehmen²⁷³.

2.3.1.2. Sanktionsrechte

Von den dem einzelnen Genossenschafter zugeordneten Sanktionsrechten sind nur einige Kontroll- und Prüfungsrechte, andere sind reine Sanktionsrechte, die an Erkenntnisse aus Kontroll- und Prüfungstätigkeit anschließen.

Sanktionsrechte mit Kontroll- und Prüfungscharakter enthalten²⁷⁴ Art. 881 Abs. 2 OR, das Recht einer Minderheit, die Generalversammlung einzuberufen, und Art. 891 OR, wonach jeder Genossenschafter Beschlüsse der Generalversammlung, die Gesetz oder Statuten widersprechen, anfechten kann. Reine Sanktionsrechte enthalten Art. 890 Abs. 2 OR (Abberufungsantrag einer Minderheit beim Richter gegen Verwaltungs- und Kontrollstellenmitglieder), Art. 916 ff. OR (Verantwortlichkeitsklage) sowie die Art. 842, 843 Abs. 2 OR mit dem Recht auf Austritt aus der Genossenschaft.

273 Vgl. zu dieser Interessenabwägung beim Auskunftsverlangen des Aktionärs Henggeler, Kontrollrecht S. 181 ff. und 206 f.

274 Das in Art. 857 Abs. 3 OR verankerte Sanktionsrecht, Klage auf Auskunftserteilung zu erheben, wurde aus Gründen des Sachzusammenhangs bereits unter der vorausgehenden Ziff. 2.3.1.1.4. behandelt.

2.3.1.2.1. Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung

Eine Minderheit kann die Generalversammlung einberufen. Der zehnte Teil der Genossenschafter²⁷⁵ oder bei Genossenschaften unter 30 Mitgliedern bereits drei Genossenschafter sind ausreichend.

Der Grund zur Einberufung kann zum Beispiel die Feststellung schwerwiegender Mängel der Geschäftsführung sein, die sofort in einer außerordentlichen Generalversammlung besprochen werden müssen, um Schaden zu verhindern. Zur Durchsetzung dieses Einberufungsrechts kann die berechtigte Minderheit der Genossenschafter gemäß Art. 881 Abs. 3 OR richterliche Hilfe in Anspruch nehmen, falls die Verwaltung nicht in angemessener Frist die Generalversammlung einberuft. Dem Richter steht kein Ermessensspielraum zu, da er gemäß Art. 881 Abs. 3 OR, falls die im Gesetz genannte Zahl der Gesuchsteller erreicht ist, zur Einberufung verpflichtet ist.

2.3.1.2.2. Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung

Art. 891 Abs. 1 OR ermächtigt den einzelnen Genossenschafter, die Beschlüsse der Generalversammlung²⁷⁶, falls diese gegen das Gesetz oder gegen die Statuten

²⁷⁵ Bei den Großgenossenschaften des heutigen Wirtschaftslebens erweist sich dieses Recht jedoch als problematisch, da es z.B. bei einer Mitgliederzahl von über 100 000 unwahrscheinlich erscheint, daß zehn Prozent für eine Einberufung aktiviert werden können, vgl. hierzu Gutzwiller, Kommentar Art. 881 Rdn. 5 und 6.

²⁷⁶ Oder auch die in der Urabstimmung gefaßten Beschlüsse, vgl. Art. 891 Abs. Abs. 1 OR.

verstoßen, mit einer Klage gegen die Genossenschaft anzufechten²⁷⁷. Da die anfechtbaren Beschlüsse der Generalversammlung so lange rechtsgültig sind, bis sie durch ein für den Genossenschafter obsiegendes Urteil ex tunc aufgehoben werden, ist das Anfechtungsrecht systematisch unter die aufhebenden Gestaltungsrechte einzuordnen²⁷⁸.

2.3.1.2.2.1. Gegenstand der Anfechtung

Die Anfechtungsklage richtet sich gegen Beschlüsse der Generalversammlung. Gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5, 887 Abs. 1, 888 Abs. 1, 889 Abs. 1 und 2 und 915 Abs. 2 OR ist die Beschlußfassung die Form, in der die Generalversammlung ihren Willen erklärt²⁷⁹. Anfechtbar sind Beschlüsse, die gegen Gesetz oder Statuten²⁸⁰ verstoßen.

Neben den ausdrücklichen Vorschriften genügt auch schon der Verstoß gegen einen ungeschriebenen allgemeinen Grundsatz, um ein Anfechtungsrecht zu bejahen²⁸¹. Kein Anfechtungsrecht ergibt sich jedoch, wenn ein Beschluß nur unzweckmäßig ist²⁸². Weiter kann auch ein bereits nichtiger Beschluß nicht angefochten werden, da derartige Beschlüsse nie wirksam geworden sind und ihre Nichtigkeit von Amts wegen festgestellt werden muß.

277 Das Gesetz spricht von einem Recht zur Anfechtung, vgl. Art. 891 Abs. 2 OR, woraus sich nach h.M. die Einstufung des Anfechtungsrechts unter die unentziehbaren Rechte des Genossenschafter ergibt, vgl. Bürgi, Kommentar Art. 706 OR Rdn. 1 sowie Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 4.

278 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 3 und 4 mit weiteren Nachweisen.

279 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 6.

280 Gesetz und Statuten sind hier gleichgestellt, vgl. BGE 84 II S. 553 ff.

281 Vgl. BGE 69 II S. 61 f.

282 Vgl. Forstmoser, Genossenschaftsrecht S. 74.

Die Abgrenzung nichtiger und anfechtbarer Beschlüsse ist vom Ausmaß der Rechtsverletzung abhängig. Ist diese so gravierend, daß bei Annahme der Wirksamkeit des mangelhaften Beschlusses, d.h. bei Einstufung als nur anfechtbar, ein unhaltbarer Rechtszustand entstünde, muß die Nichtigkeit des Beschlusses angenommen werden²⁸³.

2.3.1.2.2.2. Aktivlegitimation

Zur Klage berechtigt sind alle Genossenschafter²⁸⁴, gleichgültig, ob sie in der den anfechtbaren Beschluß fassenden Versammlung anwesend waren oder nicht²⁸⁵. Zum Beispiel bei einer Großgenossenschaft mit über 100 000 Mitgliedern, von denen die meisten üblicherweise bei der Beschlußfassung nicht anwesend sind, sind alle zur Anfechtung berechtigt.

2.3.1.2.2.3. Passivlegitimation

Die Klage ist gegen die Genossenschaft zu richten, da die Generalversammlung der Genossenschaft nicht prozeßfähig ist.

²⁸³ Vgl. die nach Gruppen eingeteilte Aufzählung von nichtigen Beschlüssen in BGE 93 II S. 30 ff. sowie die Darstellung der Judikatur zur Frage der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beschlüssen bei Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 10 und 15.

²⁸⁴ Gem. Art. 891 OR ist neben den Genossenschaftern auch die Verwaltung aktivlegitimiert.

²⁸⁵ Vgl. BGE 74 II S. 41 ff. sowie Kantonsgericht Graubünden Entscheidung vom 22.1.1959, in SJZ Bd. 57 (1961) S. 124. Vgl. zur analogen Anwendung dieses Grundsatzes bei der Delegiertenversammlung Capitaine, Rechte S. 36.

2.3.1.2.2.4. Frist

In Art. 891 Abs. 2 OR wird das Klagerecht von einer peremptorischen²⁸⁶ Frist von zwei Monaten abhängig gemacht. Die Intuition des Gesetzgebers war, die Existenzdauer des anfechtbaren Beschlusses²⁸⁷ und den durch die Anfechtbarkeit bedingten unsicheren Rechtszustand möglichst zu verkürzen, was im Gesetzeswortlaut in "spätestens" zum Ausdruck kommt.

Der Lauf der Frist beginnt bei Generalversammlungsbeschlüssen mit der mündlichen Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses²⁸⁸. Die Frist endet gemäß Art. 77 OR.

2.3.1.2.3. Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung

Es drängt sich im Zusammenhang mit Art. 891 OR die Frage auf, ob dem Genossenschafter auch ein Anfechtungsrecht gegen Beschlüsse der Verwaltung zusteht. Der Gesetzgeber hat kein solches Recht vorgesehen. Nach herrschender Meinung handelt es sich hierbei jedoch nicht um eine Gesetzeslücke, die eine analoge Anwendung des Art. 891 OR auf Beschlüsse der Verwaltung zuließe, sondern die Fassung des Gesetzes ist als bewußte Verneinung eines solchen Anfechtungs-

286 Peremptorische Wirkung, da der Ablauf der Frist das Recht des Klägers zerstört, vgl. BGE 85 II S. 536 ff.

287 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 5.

288 Dies gilt auch für Genossenschafter, die nicht an der Generalversammlung teilgenommen haben, vgl. BGE 74 II S. 41 sowie Capitaine, Organe S. 4. Einzig bei der Urabstimmung läuft die Frist erst ab der erstmöglichen Kenntnisnahme des schriftlichen Ergebnisses, wie diese in den Statuten vorgesehen ist.

rechts zu interpretieren²⁸⁹. Dies ergibt sich auch aus Art. 846 Abs. 3 OR, in welchem die direkte Anfechtung eines von der Verwaltung ausgesprochenen Ausschlusses nicht zugelassen wird, sondern nur ein Rekursrecht an die Generalversammlung eingeräumt wird²⁹⁰.

Der Genossenschafter, der die Verwaltung wegen einer Rechtsverletzung belangen möchte, muß sich daher an derer Rechtsbehelfe, wie der Verweigerung der Entlastung gemäß Art. 879 Abs. 2 Ziff. 4 OR oder der Abberufung gemäß Art. 890 OR bedienen, oder er muß warten, bis ein Schaden durch den Beschluß eingetreten ist und die Verantwortlichkeitsklage gemäß Art. 916 OR gegen die Verwaltung erhoben werden kann²⁹¹.

2.3.2. Deutschland

2.3.2.1. Informationsrechte

Neben den allgemeinen Informationsmöglichkeiten, die sich aus den der Geschäftsführung gemäß § 33 Abs. 3 GenG obliegenden Publikationen ergeben, die sowohl im Interesse der Genossenschafter als auch im Interesse der Öffentlichkeit liegen, stehen dem Genossenschafter noch weitere unentziehbare²⁹² Informationsrechte zu.

289 Vgl. BGE 76 II S. 61 sowie Düggin, Sonderprüfung S. 77, Sigg, Organ S. 166 ff. und Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 21.

290 Eine Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung ist hingegen zugelassen z.B. in Art. 1 der Verordnung über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge vom 12.7.1957 (AS 1957 S. 592).

291 Diese Klage müßte allerdings die Genossenschaft erheben, da die Genossenschafter - abgesehen von dem in Art. 917 OR geregelten Sonderfall - nicht aktivlegitimiert sind, vgl. zu den Gründen des Gesetzgebers Capitaine, Verantwortlichkeit S. 2.

292 Vgl. Paulick, Recht S. 190 f.

2.3.2.1.1. Einsichtsrechte

Gemäß § 47 Abs. 4 GenG ist jedem Genossenschafter Einsicht in die Sitzungsniederschrift der Generalversammlung zu gestatten. Gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 GenG muß der Jahresabschluß und der Geschäftsbericht mit den Bemerkungen des Aufsichtsrats²⁹³ mindestens eine Woche vor der Generalversammlung den Genossenschaftern zugänglich gemacht werden; auf Wunsch ist ihnen gemäß § 48 Abs. 2 Satz 2 GenG eine Abschrift auszuhändigen, wobei sie allerdings die hierfür anfallenden Kosten übernehmen müssen.

2.3.2.1.2. Auskunftsrechte im Rahmen der Generalversammlung

In der jährlich stattfindenden Generalversammlung, von der der Genossenschafter nicht ausgeschlossen werden kann²⁹⁴, hat er neben seinem Stimmrecht gemäß § 43 GenG und dem Recht, seine Meinung zu den einzelnen Verhandlungspunkten zu äußern und Anträge zu stellen, auch das Recht, den Vorstand²⁹⁵ zu einzelnen Tagesordnungspunkten²⁹⁶ um Aufklärung²⁹⁷ zu bitten oder auf zweifelhafte

293 Vgl. zum Prüfungsbericht des Aufsichtsrates Ziff. 2.5.4.4.

294 Bei Genossenschaften mit Vertreterversammlung gem. § 43a stehen diese Rechte dem Vertreter zu.

295 Den Aufsichtsrat und den Vorsitzenden der Generalversammlung trifft keine Auskunftspflicht, vgl. Müller, Kommentar § 43 Rdn. 24.

296 Zu Angelegenheiten der Genossenschaft, die keinen Bezug zu Tagesordnungspunkten der Generalversammlung haben, kann kein Auskunftsrecht geltend gemacht werden, vgl. Müller, Kommentar § 43 Rdn. 17.

297 Wenn auch im Genossenschaftsgesetz im Gegensatz zu § 131 AktG ein Auskunftsrecht der Genossenschafter nicht ausdrücklich statuiert ist, wird von der h.M. ein solches aufgrund des personalistischen, auf den Austausch der Meinungen angelegten Charakters der

Ansätze in Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung aufmerksam zu machen. Eine Grenze findet seine Kontrollmöglichkeit, wenn der Geschäftsführung im Interesse der Genossenschaft ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht, oder wenn der Genossenschafter durch sein Verhalten die ihm gegenüber der Genossenschaft obliegende Treuepflicht verletzt²⁹⁸.

Der Vorstand faßt über das Auskunftsverlangen Beschluß und erteilt mündlich²⁹⁹ Auskunft.

2.3.2.1.3. Auskunftsrechte außerhalb der Generalversammlung

Über diese Auskunftsrechte innerhalb der Generalversammlung hinaus steht nach herrschender Meinung³⁰⁰ dem Genossenschafter noch ein allgemeines Auskunftsrecht insoweit zu, als er diese Information zur sachgerechten Ausübung seiner Organschaftsrechte benötigt. Da die Generalversammlung grundsätzlich nur einmal im Jahr zusammentritt, kann es gerechtfertigt sein, daß der Genossenschafter auch außerhalb der Generalversammlung die Geschäftsführung um Auskünfte bittet, so z.B., wenn er überlegt, ob er von seinem Recht gemäß § 45 GenG, eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen, Gebrauch machen sollte³⁰¹. Die Geschäfts-

Genossenschaft bejaht und § 131 AktG entsprechend angewandt, vgl. Paulick, Recht S. 244 f., Caspers, Verfassung S. 93 sowie den dort zitierten § 82 des Entwurfs des Reichsjustizministeriums von 1938/39.

298 Vgl. BGHZ 32 S. 166 sowie Müller, Kommentar § 18 Rdn. 7 und 15, § 43 Rdn. 29 bis 33.

299 Vgl. Baumbach/Hueck, Kommentar § 131 AktG Rdn. 10.

300 Vgl. Müller, Kommentar § 18 Rdn. 28.

301 Andere Auffassung vgl. Paulick, Recht S. 190.

führung hat ein Recht, die Auskunft zu verweigern, wenn ihr Interessen der Genossenschaft entgegenstehen³⁰².

2.3.2.2. Sanktionsrechte

Unmittelbarer Zweck der Informationsrechte ist, dem Genossenschafter ein möglichst umfassendes Wissen über die Angelegenheiten der Genossenschaft zu geben und ihn dadurch zu befähigen, die ihm zustehenden Organisationsrechte mit Sachkenntnis auszuüben. Diese Organisationsrechte umfassen neben den Rechten Teilnahme an der Generalversammlung, Antragsrecht, Recht zu jedem Verhandlungspunkt seine Meinung zu äußern und dem Recht, sich an den Abstimmungen zu beteiligen³⁰³, auch die Sanktionsrechte, die Einberufung der Generalversammlung gemäß § 45 Abs. 1 GenG zu verlangen³⁰⁴ sowie Beschlüsse der Generalversammlung gemäß § 51 GenG anzufechten, wenn durch diese das Gesetz oder das Statut verletzt wurden.

2.3.2.2.1. Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung

Wenn der Genossenschafter glaubt, daß hierfür ein wichtiger Grund vorliegt, kann er gemäß § 45 GenG auch unterjährig mit einer den Statuten entsprechenden Zahl anderer Genossenschafter eine Einberufung der Ge-

302 Vgl. Paulick, Recht S. 190 und 245.

303 Ist dieses Recht gem. § 43a GenG einer Vertreterversammlung übertragen, so steht dem Genossenschafter ein Recht zur Wahl des Vertreters mit gegenüber den anderen Genossenschaftern gleichem Gewicht zu.

304 Dieser Anspruch ist unentziehbar (vgl. Paulick, Recht S. 190 f.) und kann gem. § 45 Abs. 3 GenG sogar mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden.

neralversammlung verlangen. Ein derartiger Grund wäre z.B. gegeben, wenn er zu der Überzeugung gelangte, daß eine Handlung der Geschäftsführung gegen das Gesetz oder gegen das Statut verstößt. Falls der Antrag allerdings mißbräuchlich gestellt wird, kann er nach herrschender Meinung³⁰⁵ trotz der zwingenden Formulierung, die der Gesetzgeber in § 45 GenG gewählt hat, abgelehnt werden.

2.3.2.2.2. Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung

Gegen die Beschlüsse der Generalversammlung steht dem einzelnen Genossenschafter gemäß § 51 GenG³⁰⁶ ein Anfechtungsrecht zu. Ein Generalversammlungsbeschluß ist nichtig, wenn der Tatbestand eines der im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Nichtigkeitsgründe³⁰⁷ erfüllt ist, er ist anfechtbar, wenn er nicht dem Gesetz oder dem Statut entspricht oder gegen das Verhältnis der Genossenschaft zu den einzelnen Genossenschaf tern beherrschende Gleichbehandlungsgebot³⁰⁸ verstößt.

305 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 45 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen.

306 Daneben sind nach h.M. ergänzend die Vorschriften des Aktiengesetzes über Mängel von Hauptversammlungsbeschlüssen §§ 241 ff. AktG anwendbar, vgl. BGHZ 70 S. 387 sowie Müller, Kommentar § 51 Rdn. 1 mit weiteren Nachweisen.

307 Vgl. zu den im Aktiengesetz enumerativ aufgezählten Nichtigkeitsgründen Baumbach/Hueck, Kommentar vor § 241 AktG Rdn. 3.

308 Vgl. BGH, NJW 1960 S. 2142 f. Dieser oberste Grundsatz beherrscht auch das deutsche Genossenschaftsrecht, obwohl er im Genossenschaftsrecht nicht ausdrücklich genannt ist, wie das im schweizerischen Obligationenrecht in Art. 854 geschehen ist; Art. 854 OR lautet: "Die Genossenschafter stehen in gleichen Rechten und Pflichten, soweit sich aus dem Gesetz nicht eine Ausnahme ergibt". Das Gleichbehandlungsgebot gilt auch für die Handlungen des

Ein nichtiger Generalversammlungsbeschluß hat überhaupt keine Rechtswirkung³⁰⁹, seine Nichtigkeit kann im Wege der Feststellungsklage oder durch Einrede geltend gemacht werden³¹⁰, ein anfechtbarer Beschluß wird durch ein rechtswirksames Urteil unwirksam, ist jedoch bis zu diesem Urteil voll wirksam³¹¹.

Daneben gibt es noch Schein- und Nichtbeschlüsse, die jedoch nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage sein können³¹².

2.3.2.2.2.1. Aktivlegitimation

Hinsichtlich der aktivlegitimierten Genossenschafter³¹³ unterscheidet der Gesetzgeber in § 51 Abs. 2 GenG zwischen in der Generalversammlung erschienenen und nicht erschienenen Genossenschaftern. Erschienen ist ein Genossenschafter, wenn er persönlich oder der von ihm bevollmächtigte Stimmrechtsvertreter anwesend ist. Anfechtungsberechtigt ist der erschienene Genossen-

Vorstandes und des Aufsichtsrates, vgl. Müller, Kommentar § 18 Rdn. 34 und 35.

309 Vgl. BGHZ 11 S. 239.

310 Daneben gelten für die Genossenschaft die in §§ 246-249 AktG für die aktienrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage getroffenen Vorschriften analog, vgl. RGZ 170 S. 83.

311 Vgl. Müller, Kommentar § 51 Rdn. 3.

312 Vgl. BGHZ 15 S. 181 und BGH 11 S. 236.

313 Daneben sind der Vorstand und unter gewissen Voraussetzungen auch die einzelnen Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Anfechtung befugt, vgl. § 51 Abs. 2 Satz 2 GenG.

schafter jedoch nur, wenn er gegen den Beschluß der Generalversammlung Widerspruch zum Protokoll³¹⁴ erklärt hat³¹⁵.

Auch ein nicht in der Generalversammlung erschienener Genossenschafter kann zur Anfechtungsklage berechtigt sein, wenn er unberechtigterweise nicht zur Generalversammlung zugelassen³¹⁶ wurde oder wenn die Generalversammlung nicht ordnungsgemäß einberufen³¹⁷ oder die Gegenstände der Beschlußfassung nicht gehörig angekündigt³¹⁸ worden sind.

Neben diesen im Gesetz geregelten Fällen der Aktivlegitimation steht nach herrschender Meinung³¹⁹ jedem Genossenschafter, gleichgültig ob er in der Generalversammlung erschienen ist oder nicht, ein Anfechtungsrecht zu, wenn der das Genossenschaftsrecht beherrschende Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt wurde.

2.3.2.2.2.2. Passivlegitimation

Die Anfechtungsklage ist gemäß § 51 Abs. 3 GenG gegen die Genossenschaft zu richten, die durch den Vorstand, oder falls dieser Kläger ist, durch den Aufsichtsrat vertreten wird.

314 Nicht Voraussetzung ist, daß der Widerspruch tatsächlich ins Protokoll aufgenommen wurde, vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 51 Anm. 2.

315 Dieses Erfordernis kann ausnahmsweise entfallen, wenn der Anfechtungsgrund bis zum Schluß der Generalversammlung objektiv nicht erkennbar war, vgl. Müller, Kommentar § 51 Rdn. 78.

316 Dem ist die Verweisung aus dem Sitzungssaal während der Generalversammlung gleichzusetzen, vgl. BGHZ 44 S. 250.

317 Verletzung des § 46 Abs. 1 GenG.

318 Verletzung des § 46 Abs. 2 Satz 2 GenG.

319 Vgl. BGH, NJW 1960 S. 2142 f. sowie Müller, Kommentar § 51 Rdn. 86.

2.3.2.2.2.3. Frist

Die Klage muß gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 GenG innerhalb eines Monats nach Beschlußfassung erhoben werden. Auch hier hat, wie im schweizerischen Recht³²⁰, die Frist nicht nur prozessualen, sondern zwingenden materiellen Charakter, sie kann also zum Beispiel nicht durch richterliche Verfügung oder durch eine Vereinbarung zwischen Genossenschaft und Anfechtendem verlängert werden³²¹. Nach Ablauf der Frist ist die Erhebung der Anfechtungsklage ausgeschlossen.

2.3.2.2.3. Nichtigkeitsklage

Jeder Genossenschafter³²² kann gemäß §§ 94, 95 GenG Klage auf Nichtigkeitserklärung der Genossenschaft erheben, wenn das Statut die in § 95 GenG als wesentlich bezeichneten Bestimmungen nicht enthält oder diese Bestimmungen aus irgendeinem Grunde nichtig sind³²³.

Nichtige Beschlüsse können mit Klage auf Feststellung der Nichtigkeit gemäß § 94 GenG³²⁴ angegriffen werden. Gemäß § 96 GenG bestimmt sich das Verfahren und die Wirkung des Urteils nach den Vorschriften über die Anfechtungsklage, §§ 51 Abs. 3 bis 5, 52 GenG.

320 Vgl. Ziff. 2.3.1.2.2.4.

321 Auch eine Hemmung der Frist gem. § 203 Abs. 2 BGB ist nur in seltenen Fällen möglich, vgl. BGH, NJW 1952 S. 98.

322 Daneben sind auch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats aktivlegitimiert, vgl. § 94 GenG.

323 Gem. § 97 Abs. 1 und 2 GenG hat das die Nichtigkeit feststellende Urteil allerdings nur ex-nunc-Wirkung.

324 Vgl. zur Ausdehnung der Nichtigkeitsklage gem. § 94 GenG auf Beschlüsse der Generalversammlung Meyer/Meulenbergh, Kommentar vor § 94 bis 97.

Das Registergericht kann gemäß § 147 FGG die Löschung eines ins Register eingetragenen Beschlusses der Generalversammlung aber auch von Amts wegen vornehmen, wenn der Beschluß zwingende Gesetzesnormen verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

2.3.3. Vergleich

Die Kontroll- und Prüfungsmöglichkeiten des Genossenschafters sind im schweizerischen und im deutschen Recht nur in einem wesentlichen Punkt unterschiedlich ausgestaltet. Dem Genossenschafter steht nach schweizerischem Recht eine Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen zu, wenn die Verwaltung dem zugestimmt hat. Gegen einen ablehnenden Beschluß der Verwaltung steht dem Genossenschafter der Rechtsweg offen. Im deutschen Recht fehlt ein solches Einsichtsrecht, der Genossenschafter wird nur berechtigt, Einsicht in die Sitzungsniederschrift der Generalversammlung zu nehmen.

2.4. Die Verwaltung (Schweiz)

Die Verwaltung hat gemäß Art. 902 Abs. 1 OR die Geschäfte der Genossenschaft mit aller Sorgfalt zu leiten und die genossenschaftliche Aufgabe mit besten Kräften zu fördern. Im Rahmen dieser Aufgabenstellung können auch Kontroll- und Prüfungstätigkeiten³²⁵ anfallen, zu denen Art. 902 Abs. 2 Ziff. 2 OR die Verwaltung ausdrücklich verpflichtet. Dies ist der Fall, wenn Geschäftsführung und Vertretung gemäß Art. 897 ff. OR an Verwaltungsausschüsse, an eine Direktion oder einzelnen Personen übertragen worden sind.

Die Verwaltung der Genossenschaft besteht gemäß Art. 894 Abs. 1 OR aus mindestens drei Personen³²⁶.

2.4.1. Wesen

Die Verwaltung³²⁷ ist im Gegensatz zur Generalversammlung, welche hauptsächlich die Legislative wahrnimmt,

325 Vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 25, v. Steiger, Verwaltungsrat S. 1.

326 Es erstaunt, daß der Gesetzgeber trotzdem die Bezeichnung "Verwaltung" und nicht "Verwaltungsrat" gewählt hat; dies insbesondere, nachdem er im Aktienrecht in Art. 712 Abs. 1 OR so genau festgelegt hat, daß eine Verwaltung aus mehr als einer Person einen Verwaltungsrat bildet. In der Praxis wird jedoch auch bei den Genossenschaften vom "Verwaltungsrat" gesprochen, vgl. die Normstatuten für Coop Genossenschaften vom 7.5.1973 Art. 5, 20 und 31 ff.

327 Die Bezeichnungen der Verwaltung in der Praxis sind sehr unterschiedlich, vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 879 Rdn. 23 bis 24. Bei der schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt wird die Verwaltung als "Aufsichtsrat" bezeichnet, vgl. Sigg, Organ S. 164 Fußnote 5 sowie Forstmoser, Verwendung S. 344. Anderer Meinung Haab, Gedanken S. 86 f., wonach der "Aufsichtsrat" nicht die Verwaltung sei, sondern Ersatzorgan für die General-

das Exekutivorgan der Genossenschaft³²⁸. Ihr obliegt die Geschäftsführung und die Vertretung der Genossenschaft nach außen. Sie ist damit, obgleich sie nicht das oberste Organ der Genossenschaft ist, als der tatsächliche Mittelpunkt der Genossenschaft und, da die Erreichung des Genossenschaftszwecks von ihrer Qualität abhängt, wirtschaftlich gesehen auch als ihr wichtigstes Organ zu bezeichnen³²⁹.

2.4.2. Wählbarkeitsvoraussetzungen³³⁰

Das Gesetz verlangt gewisse Wählbarkeitsvoraussetzungen. Daneben können die Statuten noch weitere Anforderungen an Anwärter für die Verwaltungsmitgliedschaft stellen³³¹.

versammlung, weil er (nicht die Statuten) die Pflichten und Befugnisse der Verwaltung auf zwei Ausschüsse übertragen hat. Nach Meinung des Verfassers ergibt sich gerade aus der Macht, einen Teil der Pflichten und Befugnisse der Geschäftsführung (gem. Art. 898 OR) auf Ausschüsse zu delegieren, daß der "Aufsichtsrat" die Verwaltung dieser Genossenschaft ist. Daß er daneben auch die Funktion der Generalversammlung wahrnimmt, entspricht der Sonderregelung des Art. 893 Abs. 1 OR, wonach der Verwaltung bei konzessionierten Versicherungsgenossenschaften mit über tausend Mitgliedern in den Statuten auch die Befugnisse der Generalversammlung übertragen werden können. Eine funktionelle Delegation von Verwaltungsaufgaben bedeutet jedoch noch keine Gewaltentrennung, da die sogenannte "höhere Verwaltung" (vgl. Ziff. 2.4.3.) beim "Aufsichtsrat" verbleibt. Vgl. zum Aufsichtsrat im Sinne des deutschen Rechts Ziff. 2.5.

328 Vgl. Guhl, Genossenschaftsrecht S. 32.

329 Vgl. zur Machtverschiebung von Generalversammlung zu Verwaltung bei den Großgenossenschaften Forstmoser, Grossgenossenschaft S. 87.

330 Zur Frage der Inkompatibilität des Verwaltungsmandats mit einem Kontrollstellenmandat vgl. Ziff. 2.6.1.1.1.

331 Vgl. Wolfer, Genossenschaftsverwaltung S. 132 ff.

2.4.2.1. Genossenschaftereigenschaft

Art. 894 Abs. 1 OR bestimmt, daß nur die Mehrheit der Verwaltungsmitglieder Genossenschafter sein müssen³³². Der Genossenschaft soll die Möglichkeit offenstehen, auch wirtschaftlich versierte Personen in die Verwaltung aufzunehmen, die jedoch nicht die Voraussetzungen aufweisen, Genossenschafter zu werden. Die Kenntnisse beider Personenkreise können so der Genossenschaft nutzbar gemacht werden.

2.4.2.2. Erfordernis der natürlichen Persönlichkeit

Juristische Personen oder Handelsgesellschaften können zwar gemäß Art. 828 OR Genossenschafter sein, jedoch gemäß Art. 894 Abs. 2 OR nicht Mitglieder der Verwaltung werden. Wählbar sind aber die natürlichen Personen, die diese juristischen Personen vertreten. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Beschränkung das Bewußtsein der persönlichen Verantwortung, die sich in der direkten persönlichen Haftung manifestiert, als wesentliches Element in den Vordergrund treten lassen³³³.

332 Im Aktienrecht hingegen müssen gem. Art. 707 Abs. 1 OR alle Verwaltungsratsmitglieder Aktionäre sein, was jedoch, denkt man an den problemlosen Erwerb einer Aktie, mit der Genossenschaftereigenschaft nicht zu vergleichen ist, vgl. Henggeler, Differenzen S. 121 f.

333 Vgl. Wolfer, Genossenschaftsverwaltung S. 121 ff.

2.4.2.3. Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernis

Um eine Überfremdung der Genossenschaften zu vermeiden, fordert Art. 895 Abs. 1 OR, daß die Mehrheit der Verwaltungsmitglieder Schweizer Bürger sein müssen, die in der Schweiz wohnhaft sind³³⁴.

2.4.2.4. Handlungsfähigkeit

Nach mehrheitlicher³³⁵, aber nicht unbestrittener³³⁶ Auffassung genüge zur Wählbarkeit als Verwaltungsmitglied die Urteilsfähigkeit, volle Handlungsfähigkeit sei nicht erforderlich. Gegen diese Auffassung lassen sich zwei Argumente anführen, die für das Erfordernis der vollen Handlungsfähigkeit sprechen.

Die Geschäftsführung und Vertretung der Genossenschaft bedeutet, schwerwiegendere Rechte innezuhaben und Entscheidungen zu treffen, als sich aus der Genossenschaftereigenschaft für die Stimmabgabe in der Generalversammlung ergeben. Wenn man schon dem urteilsfähigen Minderjährigen oder Bevormundeten die Möglichkeit abspricht, in der Generalversammlung seine Stimme abzugeben³³⁷, so muß - argumentum a minori ad maius - diese Möglichkeit erst recht innerhalb der Verwaltung versagt werden.

Das zweite Argument gegen eine Wählbarkeit von beschränkt Handlungsfähigen ist der Wunsch des Gesetz-

334 "Wohnsitz" ist in Art. 23 Abs. 1 ZGB als der Ort bezeichnet, an dem man die Absicht hat, dauernd zu bleiben.

335 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 53, Gutzwiller, Kommentar Art. 894 Rdn. 13.

336 Vgl. Henggeler, Differenzen S. 119 f.

337 Vgl. Wolfer, Genossenschaftsverwaltung S. 130.

gebers, die Verwaltungsmitglieder in persönliche Verantwortung zu nehmen und sie direkt persönlich haften zu lassen³³⁸.

Die mit der beschränkten Handlungsfähigkeit verbundenen Beschränkungen der Haftung und Übertragung der Haftung auf den genehmigenden gesetzlichen Vertreter widerspräche also der Intuition des Gesetzgebers. Eine unbeschränkte Haftung der beschränkt Handlungsfähigen widerspräche wiederum dem vom Gesetzgeber gewollten Schutz dieses Personenkreises³³⁹.

2.4.3. Kontroll- und Prüfungsaufgaben

Die Aufgaben der Verwaltung sind vom Gesetzgeber nicht lückenlos kodifiziert worden. Neben den gesetzlich zugewiesenen Aufgaben³⁴⁰ obliegen der Verwaltung weitere Aufgaben, die sich aus ihrer Organstellung ergeben und nicht der Generalversammlung oder der Kontrollstelle ausdrücklich zugewiesen oder aufgabengemäß zuzuordnen sind.

Alle Aufgaben der Verwaltung lassen sich jedoch unter die zwei vom Gesetzgeber in Art. 898 OR genannten Aufgabenkreise Geschäftsführung und Vertretung subsumieren. Unter die Geschäftsführung fällt auch die in Art. 902 Abs. 2 Ziff. 2 OR der Verwaltung ausdrücklich zugewiesene Aufgabe, die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen.

338 Vgl. hierzu die Argumente gegen die Wählbarkeit von Juristischen Personen, vgl. Ziff. 2.4.2.2.

339 Vgl. zur gleichen Problematik bei der Wählbarkeit als Kontrollstellenmitglied Ziff. 2.6.1.1.

340 Vgl. Art. 902 ff. OR.

Bei kleinen Genossenschaften, bei denen die Verwaltung selbst Geschäftsführung und Vertretung ausführt, erlangt diese Bestimmung nur geringe Bedeutung. Bei der Mehrzahl der Genossenschaften, speziell bei den Großgenossenschaften³⁴¹, wird die Kontrolle und Prüfung³⁴² jedoch aufgrund der Delegation von Geschäftsführung und Vertretung (gemäß Art. 897, 898 OR in Verbindung mit den Statuten) auf ein untergeordnetes Exekutivorgan (z.B. auf eine Direktion) zur zentralen Aufgabe³⁴³. Auch Kontrolle und Prüfung können in gewissem Umfang wiederum gemäß Art. 897 OR auf Verwaltungsausschüsse delegiert werden³⁴⁴. Der Verwaltung obliegt in solchen Genossenschaften, welche die Legislative in drei Stufen unterteilt haben, die sogenannte "höhere Verwaltung"³⁴⁵, eine nicht delegierbare oberste Aufsichtspflicht³⁴⁶.

341 Vgl. in diesem Zusammenhang etwa Art. 34 der Normstatuten für Coop Genossenschaften (7.5.1973): "Der Verwaltungsrat ist das für die Gesamtleitung" ... "verantwortliche Organ, das insbesondere die Unternehmensziele festlegt und deren Erreichung kontrolliert. Er delegiert die eigentliche Geschäftsführung" ... "an eine Direktion.", oder die Formulierung von Nenninger, der beim Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft von "Intraorgankontrolle" spricht (zitiert nach Düggin, Sonderprüfung S. 66 Fußnote 2).

342 Gutzwiller, Kommentar Art. 897-898 Rdn. 33 spricht von Kontrolle und Aufsicht im Sinne der in Ziff. 1.3. getroffenen begrifflichen Unterscheidung von Kontrolle und Prüfung.

343 Vgl. zur "Strukturverschiebung" im Gesellschaftsrecht die Aufsätze von Meier-Hayoz, Schluep und Ott "Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht", in ZSR (Sonderheft) 90 1 (1971) S. 241 ff.

344 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 897-899 Rdn. 52.

345 Vgl. v. Steiger, Verwaltungsrat S. 2.

346 Vgl. die Beispiele für 3stufige und 2stufige Exekutivorgane von Genossenschaften bei Gutzwiller, Kommentar Art. 897-899 Rdn. 22 und 31 bis 40.

2.4.3.1. Überwachung der mit Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten

Gemäß Art. 902 Abs. 2 Ziff. 2 OR ist die Verwaltung verpflichtet, das gemäß Art. 898 OR gebildete geschäftsführende Organ, das in der Regel als Direktion bezeichnet wird, auf Beobachtung der Gesetze, der Statuten und allfälliger Reglemente zu überwachen und sich zu diesem Zweck regelmäßig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen.

Wenn die Verwaltung dies für notwendig hält, hat sie das Recht, jederzeit unmittelbar in die Geschäftsführung einzugreifen, indem sie der Direktion bindende Weisungen erteilt oder die Geschäftsführung wieder selbst übernimmt³⁴⁷.

2.4.4. Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung

Gemäß Art. 891 OR ist auch³⁴⁸ die Verwaltung berechtigt, Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen Gesetz oder Statuten verstoßen, beim Richter durch Klage anzufechten³⁴⁹. Dieses Kontrollrecht stellt sozusagen das Gegenstück zu den Kontrollrechten der Generalversammlung³⁵⁰ gegenüber der Verwaltung dar, um die wechselseitige Kontrolle³⁵¹ der beiden obersten Organe der Genossenschaft zu garantieren.

347 Vgl. Düggelein, Sonderprüfung S. 68.

348 Sie wird im Gesetz sogar noch vor den Genossenschaftlern als anfechtungsberechtigt genannt.

349 Vgl. zum Gegenstand der Anfechtungsklage Ziff. 2.3.1.2.2.1.

350 Vgl. zu diesen Kontrollrechten Ziff. 2.2.1.

351 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 891 Rdn. 20, der sogar von einem dialektischen Verhältnis spricht.

Da sich die Klage gegen die Genossenschaft richten muß und da die Verwaltung gesetzlicher Vertreter der Genossenschaft ist, bestimmt Art. 891 Abs. 1 Satz 2 OR, um eine Personengleichheit zwischen Kläger und Beklagtenvertreter und die damit verbundene Interessenkollision zu vermeiden, daß der Richter einen Vertreter für die Genossenschaft bestimmt.

2.4.5. Haftung von Verwaltungsmitgliedern

Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder ist in Art. 916 ff. OR geregelt. Sie haften hiernach grundsätzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Neben den Spezialnormen der Art. 916 ff. OR sind auch die allgemeinen Vorschriften über Verschuldenshaftung Art. 99 OR sowie die Haftungsvorschriften aus Dienstvertrag Art. 321 e Abs. 1 OR bzw. Auftrag Art. 398 Abs. 2 OR anwendbar³⁵².

2.5. Aufsichtsrat (Deutschland)

Der Aufsichtsrat ist das im deutschen Recht gemäß § 9 Abs. 9 GenG zwingend vorgeschriebene interne Kontrollorgan der Genossenschaft. Das heutige schweizerische Obligationenrecht sieht den Aufsichtsrat nicht³⁵³ mehr vor, hier nehmen statt eines Aufsichtsrats die Organe

352 Vgl. zur steigenden Spezialisierung der einzelnen Vorschriften Gutzwiller, Kommentar Art. 902 Anm. 9 und 10.

353 Vgl. oben Ziff. 1.2.2.3. In einigen Genossenschaften wird jedoch die Verwaltung oder ein von dieser gebildetes Gremium als Aufsichtsrat bezeichnet, so z.B. bei der Schweizerischen Lebens- und Rentenanstalt, vgl. Ziff. 2.4.1.

Verwaltung³⁵⁴ und Kontrollstelle³⁵⁵ die Aufgabe der internen³⁵⁶ Kontrolle und Prüfung wahr. Daneben steht, wie bereits ausgeführt, in beiden Ländern die Kontrolltätigkeit durch Generalversammlung und Genossenschafter.

2.5.1. Mitglieder des Aufsichtsrats

Gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 GenG besteht der Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern, sofern nicht das Statut eine höhere Zahl bestimmt.

Aus seiner Mitte wählt der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden³⁵⁷. Die Wahlmodalitäten können durch die Statuten geregelt werden.

2.5.1.1. Gesetzliche Anforderungen an die Person

Obgleich dies im Gesetz nicht ausdrücklich postuliert wird, müssen die Mitglieder natürliche³⁵⁸, unbeschränkt

354 Vgl. Ziff. 2.4.

355 Vgl. Ziff. 2.6.

356 Berweger, Prüfung S. 24, bezeichnet die Tätigkeit der Kontrollstelle als externe Revision im Gegensatz zur internen Revision, unter der er die Prüfungstätigkeit weisungsgebundener Personen versteht. Hier soll jedoch mit Morger, Prüfungspflicht S. 53 f. und 62 f. auf die Organeigenschaft abgestellt werden.

357 Im Genossenschaftsgesetz nicht ausdrücklich geregelt, jedoch geht das Gesetz in §§ 57 Abs. 2-4 und 58 Abs. 2 GenG von der Existenz des Vorsitzenden aus.

358 Juristische Personen können in Anlehnung an § 100 Abs. 1 AktG nicht Mitglieder des Aufsichtsrats sein, vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 22; Paulick, Recht S. 228 sowie Lang/Weidmüller, Kommentar § 36 Anm. 3a.

geschäftsfähige³⁵⁹ Personen sein. Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 GenG müssen sie Genossenschafter sein³⁶⁰. Eine Ausnahme³⁶¹ hiervon regelt § 9 Abs. 2 Satz 2 GenG, wonach bei Genossenschaften, welchen wiederum Genossenschaften als Mitglieder angehören, also z.B. bei Zentralgenossenschaften, auch Genossenschafter der letzteren in den Aufsichtsrat berufen werden können³⁶². Durch das Erfordernis der Genossenschaftereigenschaft soll erreicht werden, daß der Aufsichtsrat bei allen Entscheidungen allein die Belange der Genossenschafter, die mit denen der Genossenschaft identisch sind, berücksichtigt und sich nicht von genossenschaftsfremden Interessen leiten läßt³⁶³.

359 Das Erfordernis der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit ergibt sich aus der Natur des Aufsichtsratsamtes als Kontrollamt, vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 22. Zur Geschäftsfähigkeit vgl. §§ 104 ff. BGB.

360 Diese Voraussetzung muß allerdings nicht schon zur Zeit ihrer Wahl erfüllt sein, vgl. RG 144 S. 384. Verlieren sie die Genossenschaftereigenschaft, so endet damit gleichzeitig ihr Aufsichtsratsmandat.

361 Eine weitere Ausnahme gilt gem. § 77 Abs. 3, 76 Abs. 2 Satz 3 Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952 (BGBI. I S. 681) für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern. Werden bei diesen Genossenschaften mehr als zwei Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat gewählt, so können diese auch genossenschaftsfremde Personen sein. § 77 Abs. 3 BetrVG ist gegenüber § 9 Abs. 2 GenG lex specialis.

362 Bei Paulick, Recht S. 228 wird diese Ausnahmebestimmung des § 9 Abs. 2 Satz 2 GenG fälschlich als Ausnahme vom Verbot, eine juristische Person als Mitglied des Aufsichtsrates zu bestellen, dargestellt.

363 Vgl. Paulick, Recht S. 234.

2.5.1.1.1. Inkompatibilität

Die Inkompatibilität³⁶⁴ der Ämter Aufsichtsrat und Vorstand ist in § 37 GenG detailliert geregelt³⁶⁵. Eine zeitlich begrenzte Ausnahme ist gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 GenG nur möglich, wenn Mitglieder des Vorstandes behindert³⁶⁶ sind. Der Aufsichtsrat kann dann einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern dieser behinderten Vorstandsmitglieder bestellen. Für diese Zeit dürfen sie gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 GenG letzter Halbsatz ihr Aufsichtsratsmandat jedoch nicht ausüben. Eine Behinderung im Sinne von § 37 Abs. 1 Satz 2 GenG liegt vor, wenn Vorstandsmitglieder an ihrer Amtsausübung für einen nicht nur geringfügigen Zeitraum und in einem erheblichen Umfang verhindert sind; eine vorübergehende (z.B. Urlaub, Krankheit von wenigen Wochen) oder auf ein einzelnes Geschäft bezogene Verhinderung reicht jedoch nicht aus³⁶⁷.

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 GenG dürfen Aufsichtsratsmitglieder "..., auch nicht als Beamte die Geschäfte der Genossenschaft führen." Mit Beamten ist hier nicht der Beamte des öffentlichen Rechts gemeint, sondern Angestellte der Genossenschaft, denen leitende Auf-

364 Falls die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei bestimmten Entscheidungen des Vorstands in den Statuten vorgesehen ist, z.B. bei der Kreditgewährung, bedeutet dies keine Teilnahme an der Geschäftsführung, sondern nur eine Vorverlegung der Aufsicht, die wegen des besonderen Risikos der Entscheidung angebracht sein kann, vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 38 Anm. 1.

365 Einem Wechsel vom Aufsichtsrat in den Vorstand und umgekehrt steht § 37 GenG jedoch nicht entgegen, vgl. Müller, Kommentar § 37 Rdn. 1 und 2, jedoch dürfen Vorstandsmitglieder gem. § 37 Abs. 2 GenG erst nach Erteilung der Entlastung gem. § 48 Abs. 1 GenG in den Aufsichtsrat gewählt werden.

366 Sprachlich alte Form für "verhindert".

367 Vgl. Müller, Kommentar § 37 Rdn. 11 sowie Baumbach/Hueck, Kommentar § 105 AktG Rdn. 4.

gaben im Bereich der Geschäftsführung übertragen sind³⁶⁸. Ist dies doch der Fall, oder tritt dies während der Aufsichtsratszeit ein, so ist die Bestellung unwirksam oder erlischt eo ipso³⁶⁹.

In der Praxis wird jedoch, hauptsächlich im ländlichen Bereich, aber auch bei den Konsumgenossenschaften, die unabhängige Tätigkeit des Aufsichtsrats häufig dadurch beeinträchtigt, daß mit dem Vorstand gemeinsame Sitzungen mit gemeinsamen Abstimmungen durchgeführt werden³⁷⁰, wodurch bezüglich der Ergebnisse dieser Sitzungen die Kontrolle des Aufsichtsrats praktisch nicht mehr durchführbar ist. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der eine unabhängige, unbeeinflusste Überprüfung durch den Aufsichtsrat sicherstellen will.

2.5.1.2. Statutarische Anforderungen an die Person

Neben den genannten Voraussetzungen kann das Statut weitere Qualifikationsmerkmale bei den Mitgliedern des Aufsichtsrats³⁷¹ fordern, die jedoch durch den Inhalt des Aufsichtsratsamtes gerechtfertigt sein müssen, da sonst eine unzulässige Beschränkung des passiven Wahlrechts der Genossenschafter vorläge³⁷².

368 Vgl. Paulick, Recht S. 229; Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 37 Anm. 1 sowie Caspers, Verfassung S. 98.

369 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 25 sowie Baumbach/Hueck, Kommentar § 100 AktG Rdn. 13.

370 Vgl. Caspers, Verfassung S. 102 f.

371 Von den gem. § 76 Betriebsverfassungsgesetz in den Aufsichtsrat entsandten Arbeitnehmervertretern dürfen derartige weitere Qualifikationsmerkmale jedoch nicht gefordert werden, vgl. BGHZ 39 S. 122.

372 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 23 und § 18 Rdn. 26.

Erlaubte Qualifikationsmerkmale sind zum Beispiel ein Mindest- oder Höchstalter³⁷³, eine bestimmte Ausbildung oder Berufserfahrung oder die deutsche Staatsangehörigkeit³⁷⁴, nicht jedoch die Dauer der Zugehörigkeit zur Genossenschaft³⁷⁵.

Das Fehlen eventueller in den Statuten geforderter Qualifikationen läßt die Bestellung nicht unwirksam werden, sie kann jedoch gemäß § 51 GenG angefochten werden. Auch der spätere Wegfall der Qualifikation beendet nicht das Aufsichtsratsamt, jedoch ist eine vorzeitige Abberufung gemäß § 36 Abs. 3 GenG möglich³⁷⁶.

2.5.2. Berufungsvorgang

2.5.2.1. Zuständigkeit der Generalversammlung

Der Generalversammlung obliegt gemäß § 36 Abs. 1 GenG die Wahl und Bestellung³⁷⁷ und gemäß § 36 Abs. 3 GenG auch die vorzeitige³⁷⁸ Abberufung der Aufsichtsrats-

373 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 36 Anm. 3a.

374 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 24.

375 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 36 Anm. 3a.

376 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 26.

377 Eine Ausnahme gilt gem. § 76 Betriebsverfassungsgesetz bei Genossenschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, da diese nicht von der Generalversammlung, sondern von den Arbeitnehmern gewählt werden.

378 Die Amtsdauer ist im Gesetz nicht geregelt und muß deshalb in den Statuten festgelegt werden. Eine häufige Bestimmung geht dahin, daß in dreijährigem Turnus jeweils nur ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder ausscheiden, wodurch eine Kontinuität der Tätigkeit des Aufsichtsrats erreicht werden soll, vgl. Caspers, Verfassung S. 98.

mitglieder. Eine Beschränkung dieser Zuständigkeit durch die Statuten ist nicht möglich³⁷⁹.

2.5.2.2. Wahl

Der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, die nach den Regeln über die Beschlußfassung der Generalversammlung gemäß § 43 GenG und gemäß dem Statut vorgenommen wird, gehen die Wahlvorschläge voraus, da - obgleich dies im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist - nur gewählt werden kann, wer vorher vorgeschlagen wurde³⁸⁰. Das Vorschlagsrecht steht jedem Genossenschafter kraft Organschaftsrecht des § 43 GenG zu³⁸¹. Daneben ist es auch dem Aufsichtsrat selbst zuzugestehen³⁸². Gemäß Statut oder durch Beschluß der Generalversammlung kann es nach herrschender Meinung auch Dritten, z.B. öffentlichen Institutionen oder dem Prüfungsverband, übertragen werden³⁸³. Dem Vorstand steht als weiterer Ausfluß des Grundsatzes der Inkompatibilität der Ämter jedoch kein Vorschlagsrecht zu. Er soll auf die Zusammensetzung des ihn kontrollierenden Organs keinen Einfluß nehmen können. Kraft seines Ansehens bei den Ge-

379 Vgl. BGHZ 12 S. 327. Eine gem. derartiger Statutenbestimmung von dritter Seite mit Zustimmung der Generalversammlung vorgenommene Berufung in den Aufsichtsrat ist nichtig, und die Zustimmung der Generalversammlung kann auch nicht in eine Bestellung durch die Generalversammlung umgedeutet werden, vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 10.

380 Dies ist daraus herzuleiten, daß die Wahl ein Beschluß der Generalversammlung ist, dem notwendig ein Antrag als Gegenstand der Beschlußfassung vorausgehen muß. Dieser Antrag ist der Wahlvorschlag, vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 11.

381 Vgl. oben Ziff. 2.3.

382 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 13.

383 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 14.

nossenschaftern käme seinem Wahlvorschlag darüber hinaus besonderes Gewicht zu.

Die organschaftliche Stellung als Aufsichtsratsmitglied wird erst durch die Annahme der Wahl begründet³⁸⁴.

Das Rechtsverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zur Genossenschaft ist, falls die Tätigkeit ehrenamtlich geleistet wird, ein Auftragsverhältnis, falls sie gegen Entgelt geleistet wird³⁸⁵, ein Dienstverhältnis.

2.5.3. Amtszeit

Im Genossenschaftsgesetz ist die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder nicht geregelt. Aus § 36 Abs. 3 Satz 1 GenG ist jedoch zu entnehmen, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß der Aufsichtsrat für einen bestimmten begrenzten Zeitraum gewählt wird. Dieser Zeitraum ist entweder durch das Statut oder, wenn dieses nichts bestimmt, durch die Generalversammlung bei der Wahl festzulegen³⁸⁶. § 102 Abs. 1 AktG, in dem die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder begrenzt wird, ist auf die Genossenschaft analog anzuwenden, da der Gesetzgeber hier zum Ausdruck gebracht hat, welche zeitliche Schranke er für erforderlich hält, damit die Erfordernisse Periodizität und Abhängigkeit vom Vertrauen der Genossenschafter noch gewahrt sind³⁸⁷.

384 Vgl. Baumbach/Hueck, Kommentar § 101 AktG Rdn. 7 sowie Müller, Kommentar § 36 Rdn. 28.

385 Gem. § 36 Abs. 2 GenG ist jedoch die Gewährung einer am Geschäftsergebnis bemessenen Vergütung (Tantieme) nicht zulässig.

386 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 36 Anm. 5a sowie Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 36 Anm. 4.

387 Vgl. Müller, Kommentar § 36 Rdn. 34 sowie Paulick, Recht S. 231.

2.5.4. Kontrolle und Prüfung

Die sich aus der institutionellen Funktion als Kontrollorgan ergebende zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist gemäß § 38 Abs. 1 GenG die laufende Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes³⁸⁸ sowie die Prüfung der Jahresrechnung, der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustverteilung. Daneben können dem Aufsichtsrat gemäß § 38 Abs. 3 GenG durch das Statut noch weitere Aufgaben übertragen werden³⁸⁹. Der Aufsichtsrat ist jedoch trotz seines Prüfungsrechts dem Vorstand nicht übergeordnet, sondern gleichrangig, er kann dem Vorstand also keine Weisungen erteilen.

Die gesetzliche Pflichtprüfung durch den Verband gemäß §§ 53 ff. GenG kann die Prüfungstätigkeit des Aufsichtsrats nicht ersetzen. Abgesehen von der durch den Gesetzgeber ausdrücklich nur dem Aufsichtsrat auferlegten Pflicht³⁹⁰, die Jahresrechnung, die Bilanzen und die Gewinn- und Verlustrechnung zu überprüfen³⁹¹, liegt ein wesentlicher Unterschied darin,

388 Daneben sind aber auch die Angestellten zu überwachen, vgl. Baumbach/Hueck, Kommentar § 95 AktG Anm. 2.

389 Dies können auch weitere Kontrollbefugnisse sein, wie z.B. das Einspruchsrecht gegen Maßnahmen des Vorstandes, vgl. RG JW 1930 S. 2688, 2692, wie auch die Mitwirkung bei gewissen Geschäften des Vorstandes, bei welchen dieser z.B. an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden wird, vgl. Caspers, Verfassung S. 100.

390 Die jedoch den Aufsichtsrat überfordert, so daß sich dieser auf Stichproben beschränken kann, falls keine Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten vorliegen, vgl. hierzu auch zur Frage einer Prüfungslücke Ziff. 2.5.4.3.1.

391 In der Praxis nehmen die Verbände zwar auf Antrag eine spezielle Bilanzprüfung vor, in der Regel wird die Bilanz jedoch nur im Rahmen des in § 53 Abs. 1 GenG formulierten Prüfungsauftrags als Mittel zur Entscheidungsfindung mitgeprüft, vgl. auch Ziff. 2.5.4.3.1 und Ziff. 2.7.5.3.2.

daß gegenüber der periodischen Prüfung des Verbandsprüfers die Tätigkeit des Aufsichtsrats eine laufende interne Kontrolle darstellt. Der Aufsichtsrat kann gegebenenfalls rascher reagieren und Fehler vermeiden als der jährlich tätig werdende Verbandsprüfer, der eventuelle Fehler nurmehr nachträglich feststellen kann. Auch ist der Aufsichtsrat mit der Geschäftsführung seiner Genossenschaft besser vertraut als der externe Verbandsprüfer³⁹², da er ein Organ der Genossenschaft ist und seine Mitglieder Genossenschafter³⁹³ sind.

2.5.4.1. Umfang der Prüfung

2.5.4.1.1. Rechtmäßigkeitsprüfung

Der Aufsichtsrat muß prüfen, ob der Vorstand oder die von ihm Beauftragten bei der Geschäftsführung die sich aus Gesetz und Statuten ergebenden Bestimmungen eingehalten haben.

2.5.4.1.2. Zweckmäßigkeitsprüfung

Daneben muß der Aufsichtsrat auch prüfen, ob die Geschäfte nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Regeln und sonstigen fachlichen Erfahrungssätzen zweckmäßig und wirtschaftlich geführt wurden³⁹⁴.

Hierzu reicht jedoch aus, daß die Entscheidungen des Vorstandes einen wirtschaftlich vertretbaren Ermes-

392 Vgl. Seibert, Prüfungstätigkeit S. 9 f.

393 Hierin liegt allerdings auch eine Schwäche der Aufsichtsratskontrolle, vgl. Ziff. 2.7.

394 Vgl. Seibert, Prüfungstätigkeit S. 15.

sensspielraum nicht überschreiten³⁹⁵. Der Aufsichtsrat muß die unternehmerischen Entscheidungen des Vorstandes akzeptieren, er darf nicht versuchen, über seine Prüfungsbefugnisse die unternehmerische Initiative an sich zu ziehen³⁹⁶. Vorschläge zu Korrekturen und Änderungen kann er jedoch unterbreiten, da seine Aufgabenstellung auch die Beratung der Geschäftsführung umfaßt³⁹⁷.

In seinem Bericht, den der Aufsichtsrat der Generalversammlung gemäß § 38 Abs. 1 Satz 3 GenG zu erstatten hat, muß der Aufsichtsrat auch die Tätigkeit des Vorstandes würdigen, wobei er auch die Geschäfts- und Finanzpolitik behandeln kann³⁹⁸.

2.5.4.2. Auskunfts-, Einsichts- und Untersuchungsrechte

In § 38 Abs. 1 Satz 2 GenG wird der Aufsichtsrat ermächtigt, jederzeit Berichterstattung vom Vorstand zu verlangen, die Bücher und Schriften der Genossenschaft einzusehen sowie die Bestände an Effekten, Handelspapieren und Waren zu untersuchen, um die für seine Beurteilung erforderlichen Informationen zu erhalten.

2.5.4.2.1. Grenzen

Eine Grenze des Informationsrechts des Aufsichtsrats könnte sich aus dem Geheimhaltungsinteresse der Ge-

395 Vgl. Baumbach/Hueck, Kommentar § 96 AktG Anm. 7.

396 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 3 mit weiteren Nachweisen.

397 Vgl. Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG § 38 Anm. 8.

398 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 6.

nossenschaft an bestimmten, dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Informationen ergeben. Da der Aufsichtsrat Kontrollorgan der Genossenschaft ist, ergeben sich bereits aus seiner Stellung und Aufgabe größte Bedenken gegen ein Auskunftsverweigerungsrecht des Vorstandes ihm gegenüber. Das Geschäftsgeheimnis wird regelmäßig kein Grund zur Auskunftsverweigerung sein, da jedes Aufsichtsratsmitglied verpflichtet ist, die durch seine Amtstätigkeit erlangten Kenntnisse nur in seiner Eigenschaft als Organ der Genossenschaft zu verwerten³⁹⁹. Daneben besteht aus dem Gedanken der allgemeinen Treuepflicht die Verpflichtung zu zumutbarer Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen, wobei jedoch bei Abwägung gegenüber der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats letzterer eventuell das größere Gewicht beizumessen ist⁴⁰⁰.

Abgesehen von einer persönlichen Geheimhaltungspflicht eines Vorstandsmitglieds im öffentlichen Interesse, wenn dieses etwa Geheimnisträger im militärischen oder staatspolitischen Bereich ist⁴⁰¹, kann ein Auskunftsverweigerungsrecht nur aus dem Mißbrauchsverbot hergeleitet werden. Der Aufsichtsrat kann nur insoweit Berichterstattung und Einsicht verlangen, als dies aufgrund seiner Aufgabe gerechtfertigt ist. Ist das Auskunftsverlangen nicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Überwachungsfunktion gerechtfertigt, muß

399 Vgl. §§ 41, 34 Abs. 1 GenG. Der Gesetzgeber nimmt für den Aufsichtsrat die gleiche Zuverlässigkeit an wie für den Vorstand, vgl. Baumbach/Hueck, Kommentar § 95 AktG Anm. 5.

400 Vgl. Müller, Kommentar § 41 Rdn. 20.

401 Eine derartige, von Staats wegen auferlegte Geheimhaltungspflicht auch gegenüber dem Aufsichtsrat wird analog zum Aktienrecht von der h.M. bejaht, vgl. Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG § 111 Anm. 8 sowie Müller, Kommentar § 38 Rdn. 12.

es als mißbräuchlich angesehen werden, so zum Beispiel, wenn die Information eindeutig persönlichen Bedürfnissen dient⁴⁰².

Eine Verneinung der Informationsrechte des Aufsichtsrats wird jedoch nur in den seltensten Fällen zu bejahen sein, da aufgrund der breiten Aufgabenstellung des Aufsichtsrats grundsätzlich nahezu alle Informationsverlangen im Rahmen der Überprüfung der Geschäftsführung zu sehen sein werden.

2.5.4.2.2. Berichtspflicht des Vorstandes

Der Vorstand hat von sich aus über alle wesentlichen Angelegenheiten⁴⁰³ der Genossenschaft Bericht zu erstatten. Die in § 38 Abs. 1 Satz 2 GenG statuierte Befugnis, Berichterstattung vom Vorstand zu verlangen, geht noch über die allgemeine Berichterstattung hinaus⁴⁰⁴. Jede Berichterstattung des Vorstandes muß den Gegenstand des Berichts vollständig und richtig in seinem gesamten wirtschaftlichen und rechtlichen Umfeld offen darlegen⁴⁰⁵.

2.5.4.2.3. Einsicht in Bücher und Schriften

Das in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GenG vorgesehene Einsichtsrecht des Aufsichtsrats in die Bücher und Schrif-

402 Vgl. Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG § 90 Anm. 9.

403 Gegenstände und Form der Berichterstattung sind im Genossenschaftsgesetz nicht genannt; der in § 90 AktG genannte Katalog kann jedoch auch für das Genossenschaftsrecht als maßgeblich angesehen werden, vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 10.

404 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 10.

405 Vgl. BGH in WM 1960 S. 266 und BGHZ 20 S. 246.

ten der Genossenschaft kann vom Aufsichtsrat nicht auf Sachverständige übertragen werden, wie dies für die Aktiengesellschaft in § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG vorgesehen ist. Das Verbot der Delegation an Sachverständige ist eine Konsequenz aus der im deutschen Genossenschaftsrecht für alle Aufsichtsratsmitglieder geforderte Genossenschaftereigenschaft⁴⁰⁶. Eine Beauftragung von Sachverständigen zur Einsicht in die Bücher und Schriften ist deshalb nur mit Zustimmung des Vorstands möglich.

2.5.4.2.4. Untersuchung der Betriebsgegenstände

Obgleich in § 38 Abs. 1 Satz 2 GenG als Untersuchungsgegenstände des Aufsichtsrats Kasse, Effekten, Handelspapiere und Waren aufgeführt sind, wird diese Aufzählung von der herrschenden Meinung nur als beispielhaft verstanden. Hiernach wird aus der Logik der gesetzlichen Regelung abgeleitet, daß der Aufsichtsrat alle zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte relevanten Gegenstände untersuchen darf, also z.B. auch Maschinen und Betriebsgegenstände⁴⁰⁷. Auch diese Untersuchung kann nur mit Zustimmung des Vorstands einem Dritten, z.B. einem Sachverständigen, übertragen werden.

406 Der Gesetzgeber will zudem das Einsichtsrecht nur den Aufsichtsratsmitgliedern gewähren, da diese durch die Androhung strafrechtlicher Sanktionen in § 151 GenG ausreichend zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse angehalten sind.

407 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 29.

2.5.4.2.5. Durchsetzung des Informationsanspruchs

Falls der Vorstand die in § 38 Abs. 1 Satz 2 GenG vorgesehenen Auskunfts- und Einsichtsrechte verweigert, kann der Aufsichtsrat im Namen der Genossenschaft richterliche Hilfe in Anspruch nehmen. Jedoch kann das Registergericht die Erfüllung der Information nicht erzwingen.

Daneben kann die Informationsverweigerung auch ein Grund zur vorläufigen Amtsenthebung⁴⁰⁸ gemäß § 40 GenG oder zum Widerruf der Bestellung gemäß § 24 GenG sein. Die Verweigerung der Information kann außerdem, falls sie unberechtigt erfolgt, wie jede Pflichtverletzung nach § 34 Abs. 2 GenG eine Schadenersatzpflicht auslösen.

2.5.4.3. Prüfungsgegenstände

Neben der laufenden Kontrolle der Geschäftsführung⁴⁰⁹ durch den Aufsichtsrat gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 GenG hat der Gesetzgeber in § 38 Abs. 1 Satz 3 GenG als besondere Prüfungsgegenstände Jahresrechnung⁴¹⁰, Bilanzen und Vorschläge zur Verteilung von Gewinn und Verlust hervorgehoben⁴¹¹. Daneben ergibt sich aus der Verpflichtung zur Prüfung der Bilanz auch

408 Vgl. hierzu Ziff. 2.5.4.6.

409 Vgl. Seibert, Prüfungstätigkeit S. 9 f.

410 Die Bezeichnung "Jahresrechnung, Bilanzen" ist gegenüber der an anderen Stellen des Gesetzes verwendeten eindeutigen Terminologie etwas unklar. Gemeint sind Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, die in § 33 Abs. 2 GenG unter dem Oberbegriff "Jahresabschluß" zusammengefaßt werden, vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 33-36.

411 Vgl. § 38 Abs. 1 Satz 3 GenG.

die Pflicht zur Prüfung des Geschäftsberichts und der Inventur⁴¹².

Außerdem können dem Aufsichtsrat gemäß § 38 Abs. 3 GenG durch das Statut noch weitere, darunter auch Kontroll- und Prüfungsaufgaben, übertragen werden.

2.5.4.3.1. Jahresabschluß

Der Jahresabschluß umfaßt gemäß § 33 Abs. 2 GenG Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung. Der Aufsichtsrat muß den Jahresabschluß auf rechnerische und rechtliche Richtigkeit überprüfen.

Die rechnerische Überprüfung wird sich, falls konkrete Verdachtsmomente keine detaillierte Prüfung veranlassen, auf Stichproben beschränken, die den Aufsichtsrat von der Korrektheit der Buchführung überzeugen müssen⁴¹³. Eine lückenlose Nachprüfung ginge weit über

412 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 38 Ziff. 3.

413 Vgl. Seibert, Prüfungstätigkeit S. 10 sowie auch Müller, Kommentar § 38 Rdn. 35 und 36, die Stichproben für ausreichend halten und dies damit begründen, daß der Aufsichtsrat ja davon ausgehen kann, daß der Jahresabschluß bereits durch den Abschlußprüfer detailliert geprüft wurde. Diese Begründung stellt auf die Praxis ab, wonach die meisten Genossenschaften ihren Jahresabschluß freiwillig durch den Verband prüfen lassen (vgl. Ziff. 2.7.5.3.2.). Rein rechtlich kann dieser Begründung nur in bezug auf die mit dem Kredit- oder Bankgeschäft befaßten Genossenschaften gefolgt werden, für die der Bundesminister der Justiz gem. § 53 Abs. 2 GenG eine Abschlußprüfung angeordnet hat (vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 53 Anm. 2). Bei den anderen Genossenschaften ist von § 53 Abs. 1 GenG auszugehen, wonach der Verbandsprüfer den von der Generalversammlung bereits genehmigten Jahresabschluß lediglich nachträglich im Rahmen der Gesamtprüfung der Akte der Geschäftsführung in die Prüfung einzubeziehen hat (vgl. Zirwas/Buchholz, Prüfungswesen S. 40 und Ziff. 2.7.5.3.).

Die Prüfung der Jahresrechnungen wird also, solange

die Möglichkeiten des Aufsichtsrats hinaus. Aus gleichen Gründen genügt bei der rechtlichen Prüfung der Übereinstimmung des Jahresabschlusses mit Gesetz und Statuten eine Prüfung, die dem Aufsichtsrat die Überzeugung ermöglicht, daß gesetzliche und statutarische Bestimmungen und die Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung eingehalten wurden.

2.5.4.3.2. Geschäftsbericht

Der Aufsichtsrat muß in erster Linie prüfen, ob der Geschäftsbericht den durch Gesetz und Statuten vorgeschriebenen Inhalt hat, und ob dieser Inhalt der Wirklichkeit entspricht. Da der Geschäftsbericht jedoch am aufschlußreichsten über die Qualifikation des Vorstandes informiert, muß der Aufsichtsrat durch seine Beurteilung dieses Berichtes eine Würdigung der unternehmerischen Leistung des Vorstands vornehmen, die für die Generalversammlung bei den ihr obliegenden Entscheidungen, wie z.B. der Berufung des Vorstands, ein Kriterium bildet.

Auch eine eingehende Stellungnahme zum geschäftspolitischen Programm des Vorstandes - gegebenenfalls unter

§ 53 Abs. 2 GenG nur für einen Ausschnitt von Spezialgenossenschaften verwirklicht ist, allein dem Aufsichtsrat zur Pflicht gemacht, der damit jedoch zeitlich und fachlich überfordert ist und sich auf Stichproben beschränken muß.

Es ergibt sich also rechtlich eine Prüfungslücke, die jedoch nicht dem Gesetzgeber anzulasten ist (insofern ist der Verfasser anderer Meinung als Häubi-Altorfer, Prüfungsverbände S. 34 f.), da dieser den Bundesminister der Justiz in § 53 Abs. 2 GenG ermächtigt hat, Abhilfe zu schaffen. Daß hierauf für die Masse der Genossenschaften bisher verzichtet wurde, ist wohl darauf zurückzuführen, daß in der Praxis die freiwillige Bilanzprüfung durch die Verbände die Regel ist.

einer sachlich angemessenen kritischen Würdigung - ist hierzu erforderlich⁴¹⁴.

2.5.4.3.3. Vorschläge zur Verteilung von Gewinn oder Verlust

Auch die Vorschläge des Vorstandes über die Verteilung von Gewinn oder Verlust werden vom Aufsichtsrat auf Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten wie auch auf Zweckmäßigkeit und Angemessenheit⁴¹⁵ geprüft.

2.5.4.3.4. Durch das Statut zugewiesene Aufgaben

Durch das Statut kann dem Aufsichtsrat ein Zustimmungsrecht oder ein Einspruchsrecht gegenüber bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstandes eingeräumt werden⁴¹⁶. Diese Rechte finden ihre Grenze jedoch gemäß dem Grundsatz der Gewaltentrennung dort, wo die Regelung der Statuten dazu führen würde, daß im Ergebnis die Geschäftsführung in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fiel⁴¹⁷. Die Stellung des Vorstandes als

414 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 37.

415 Zweckmäßigkeit und Angemessenheit dürfen nach eigenen Ermessensvorstellungen des Aufsichtsrats beurteilt werden, vgl. Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG § 171 Anm. 4.

416 Vgl. zur Ausgestaltung dieser Rechte im einzelnen Müller, Kommentar § 38 Rdn. 47 bis 60.

417 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 48 und 49 sowie § 95 Abs. 5 AktG, wo für die Aktiengesellschaft verboten wird, dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung zu übertragen, vgl. auch Paulick, Recht S. 233.

eigenverantwortliches geschäftsführendes Organ der Genossenschaft muß erhalten bleiben⁴¹⁸.

2.5.4.4. Prüfungsbericht

Über das Ergebnis seiner Prüfung muß der Aufsichtsrat der Generalversammlung Bericht erstatten. Zwar ist im Gesetz (§ 38 Abs. 1 GenG) nicht verlangt, daß dieser Bericht schriftlich abzufassen sei, jedoch ergibt sich das Erfordernis der schriftlichen Niederlegung daraus, daß gemäß § 48 Abs. 2 GenG der Bericht des Aufsichtsrats den Genossenschaftlern vor der Generalversammlung zur Kenntnis gebracht werden muß⁴¹⁹.

Im Prüfungsbericht muß die Generalversammlung darüber informiert werden, zu welchen Ergebnissen der Aufsichtsrat einerseits hinsichtlich der derzeitigen Verhältnisse der Genossenschaft und andererseits hinsichtlich der unternehmerischen Qualität des Vorstandes gekommen ist. Auch über die eigenen Maßnahmen zur Kontrolle und Prüfung der Geschäftsführung muß der Aufsichtsrat kurz berichten⁴²⁰. Da für den Bericht die gleichen Regeln wie für die Beschlußfassung des Aufsichtsrats gelten und daher gemäß § 36 Abs. 1 GenG Einstimmigkeit nicht erforderlich ist, können einzelne Aufsichtsratsmitglieder abweichende Meinungen vertreten. Betreffen diese Abweichungen wichtige Sachfragen,

418 Vgl. auch die Vorschläge zu einer diesbezüglichen Gesetzesänderung bei Caspers, Verfassung S. 102 f., der befürchtet, daß infolge von gemeinsamen Sitzungen unter Leitung des Vorstandsvorsitzenden der Aufsichtsrat seine Kontrollpflichten häufig nicht mehr erfüllen kann.

419 Vgl. zum Informationsrecht der Genossenschaftler Ziff. 2.3.2.1.

420 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 40.

so muß im Bericht hierauf aufmerksam gemacht werden, und das Aufsichtsratsmitglied, das mit dem übrigen Aufsichtsrat nicht übereinstimmt, muß seine Auffassung der Generalversammlung darlegen⁴²¹.

2.5.4.5. Recht zur Einberufung der Generalversammlung

Gemäß § 38 Abs. 2 GenG kann der Aufsichtsrat eine außerordentliche Generalversammlung einberufen, wenn dies im Interesse der Genossenschaft erforderlich ist. Dieses Einberufungsrecht stellt eine Ergänzung der Kontroll- und Prüfungsfunktionen des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand dar⁴²², da hierdurch der Aufsichtsrat auch unterjährig in wichtigen Fragen, wie z.B. die Entlassung eines Vorstandsmitglieds⁴²³, die Beschlußfassung der Generalversammlung herbeiführen kann.

Strittig ist, ob der Aufsichtsrat die Generalversammlung auch zur Beschlußfassung über Fragen der Geschäftsführung einberufen kann, wenn der Generalversammlung an sich über diese Fragen keine Entscheidungskompetenz zukommt. Nach herrschender Meinung⁴²⁴ kann aber auch in solchen Fragen eine Einberufung sinnvoll sein, wenn der Aufsichtsrat erreichen möchte, daß die Vorstellungen der Generalversammlung als oberstem Organ der Genossenschaft artikuliert werden.

421 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 41.

422 Vgl. Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG § 111 Anm. 12.

423 Vgl. BGH in WM 1973 S. 782.

424 Vgl. Müller, Kommentar § 38 Rdn. 43; Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG § 111 Anm. 12.

2.5.4.6. Sanktionsrechte des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand

Begeht der Vorstand Handlungen oder Unterlassungen, die nach Auffassung des Aufsichtsrats Pflichtverletzungen darstellen, so ist, da der Aufsichtsrat kein dem Vorstand übergeordnetes Organ ist, eine direkte Erzwingung der vom Aufsichtsrat gewünschten Maßnahmen gegenüber dem Vorstand nicht möglich⁴²⁵. Der Aufsichtsrat hat jedoch die Möglichkeit, gegenüber dem Vorstand vorstellig zu werden, wodurch dessen Haftungsrisiko eventuell erhöht wird, eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen oder, als stärkste Maßnahme, die Amtsenthebung von einzelnen Vorstandsmitgliedern gemäß § 40 GenG vorläufig zu verfügen⁴²⁶. Über die endgültige Amtsenthebung muß dann die unverzüglich einzuberufende Generalversammlung beschließen⁴²⁷.

2.5.4.7. Anfechtungsrecht gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung

Gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung, die gegen Gesetz oder Statuten oder gegen das Gleichbehandlungsgebot⁴²⁸ verstoßen, steht neben den Genossenschaftlern und neben dem Vorstand auch Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats gemäß § 51 Abs. 2 Satz 2 GenG ein Anfechtungsrecht zu, falls der Be-

425 Vgl. Paulick, Recht S. 233.

426 Dieses Recht des Aufsichtsrats zur Suspension von Vorstandsmitgliedern stellt ein unentziehbares Recht des Aufsichtsrats dar, das nicht durch Statuten oder Vereinbarung aufgehoben werden kann, vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 40 Anm. 1.

427 Vgl. Caspers, Verfassung S. 102, wonach dies sogar erforderlich ist, wenn ein wichtiger Grund gem. § 626 BGB (fristlose Kündigung) vorlag.

428 Vgl. BGH, NJW 1960 S. 2142 f.

schluß der Generalversammlung eine Regelung trifft, durch deren Ausführung sich diese strafbar oder den Gläubigern der Genossenschaft haftbar machen würden. Wie der einzelne Genossenschafter⁴²⁹ müssen auch die Mitglieder des Aufsichtsrats dieses Anfechtungsrecht durch Klage gegenüber der Genossenschaft geltend machen.

2.5.5. Haftung

Gemäß § 41 GenG gelten hinsichtlich Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit für die Aufsichtsratsmitglieder die gleichen Anforderungen wie für die Mitglieder des Vorstandes. § 34 GenG regelt deren Haftung⁴³⁰. Von dieser Haftung gemäß § 41, 34 GenG werden die Haftung für deliktische Handlungen und die sich daraus ergebenden Ansprüche⁴³¹ nicht berührt.

Aktivlegitimiert zur Geltendmachung der Ansprüche aus § 41, 34 GenG ist grundsätzlich nur die Genossenschaft. Ausnahmsweise kann gemäß § 34 Abs. 5 GenG auch ein Gläubiger in den in § 34 Abs. 3 GenG aufgeführten Einzeltatbeständen einen Schadenersatzanspruch der Genossenschaft gegenüber ihren Aufsichtsratsmitgliedern geltend machen, falls er hierdurch eine bisher von der Genossenschaft nicht befriedigte Forderung zur Erfüllung bringen kann⁴³². Der Gläubiger zieht hier

429 Vgl. zum Anfechtungsrecht der Genossenschafter Ziff. 2.3.2.2.2.

430 Neben diese Haftung kann noch eine eventuell weitergehende vertragliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder treten, wonach sich diese z.B. verpflichten können, für die Sorgfalt zu haften, die ein ordentlicher Wirtschaftsprüfer anwendet.

431 Aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB § 147 ff. GenG.

432 Vgl. Müller, Kommentar § 41 Rdn. 5 und § 34 Rdn. 59 ff.

zur Befriedigung einer eigenen Forderung eine Forderung der Genossenschaft gegen ein Aufsichtsratsmitglied ein.

Die Aufsichtsratsmitglieder haften für Verschulden, also für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Der Tatbestand der Fahrlässigkeit bemißt sich gemäß § 276 BGB in Verbindung mit §§ 41, 34 Abs. 1 GenG am ordentlichen und gewissenhaften Handeln eines Genossenschafters, der das Amt des Aufsichtsrats übernommen hat. Es fließen hier in den Maßstab zur Beurteilung der Fahrlässigkeit also die durchschnittlich zu erwartenden Qualifikationen eines Genossenschafters der jeweiligen Genossenschaft ein, da im Genossenschaftsgesetz gefordert wird, daß die Aufsichtsratsmitglieder Genossenschafter sind⁴³³.

2.6. Die Kontrollstelle (Schweiz)

Gemäß Art. 906 Abs. 2 OR hat die Generalversammlung für die Dauer mindestens eines Jahres einen oder mehrere Revisoren zu wählen. Aus der imperativen Formulierung ist der Wille des Gesetzgebers erkennbar, der Genossenschaft diese Kontrollstelle als notwendiges Organ⁴³⁴ zwingend vorzuschreiben. Wie bereits oben⁴³⁵ ausgeführt, ist die Tätigkeit der Kontrollstelle aufgrund ihrer Organeigenschaft interne und nicht externe

⁴³³ Vgl. Müller, Kommentar § 41 Rdn. 23.

⁴³⁴ Vgl. Guhl, Genossenschaftsrecht S. 28. Vgl. zum Theorienstreit, ob die Kontrollstelle Organ oder Mandatsträger sei, Weber, Kontrollstelle S. 2 f. Die Organeigenschaft der Kontrollstelle ergibt sich auch daraus, daß der Gesetzgeber die Kontrollstelle der in Art. 916 OR statuierten Organhaftung unterstellt hat; gleicher Meinung auch Hirsch, Contrôle S. 51 ff., der die Mandatstheorie als "artificielle" beurteilt.

⁴³⁵ Siehe oben Ziff. 2.5 Fußnote 356.

Kontrolle⁴³⁶. Da die Kontrollstelle Organ der Genossenschaft ist, ist sie nicht Vertragspartner, ihre Beziehungen zur Genossenschaft sind durch Gesetz und Statuten festgelegt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Kontrollstelle ein der Verwaltung gleichrangiges Organ, das nur der Generalversammlung verantwortlich ist⁴³⁷.

2.6.1. Personelle Zusammensetzung

Gemäß Art. 906 Abs. 2 OR hat die Generalversammlung einen oder mehrere Revisoren als Kontrollstelle zu wählen. Die Anzahl der Mitglieder der Kontrollstelle ist also nicht geregelt, sondern wird durch Satzungsbestimmung festgelegt.

2.6.1.1. Gesetzliche Anforderungen an die Person

Der Gesetzgeber stellt an die Person des Revisors keinerlei Anforderungen⁴³⁸. Alle Bestimmungen, die er

436 Anderer Auffassung ist Berweger, Prüfung S. 24, der die Tätigkeit der Kontrollstelle der externen Kontrolle zuordnet.

437 Faktisch liegt jedoch oft ein gewisses Übergewicht bei der Verwaltung, so z.B. darin, daß sie häufig der Generalversammlung die Kandidaten für die Kontrollstelle vorschlägt, vgl. zum faktischen Verhältnis Kontrollstelle - Verwaltung Weber, Kontrollstelle S. 3 ff.

438 Vgl. die Kritik dieser auch für die Aktiengesellschaft geltenden Regelung und den Revisionsvorschlag in Zwischenbericht Tschopp S. 66 und 76 ff. sowie Art. 22 des Vorschlags. Vgl. zur Anwendbarkeit auf die Genossenschaft Bossard, Reform S. 27 sowie Forstmoser, Genossenschaftswesen S. 165 und denselben, Teilrevision S. 50, der für eine Angleichung an das Aktienrecht plädiert und Sachkunde für die Revisionsstelle als gesetzliches Erfordernis vorschlägt.

hierzu trifft, regeln nur die Ausdehnung, nicht die Eingrenzung des Personenkreises, so Art. 906 Abs. 3 OR, der ausführt, daß die Revisoren nicht Genossenschafter zu sein brauchen, und Abs. 4, der eine zur Zeit der Gesetzesrevision 1936 bereits eingeführte Praxis⁴³⁹ sanktionierte, nämlich die Übertragung des Kontrollstellenamtes auf Behörden⁴⁴⁰ oder juristische Personen wie Treuhandgesellschaften oder Revisionsverbände. Diese knappe Regelung bedeutet jedoch nicht, daß der Gesetzgeber gar keine personellen Voraussetzungen fordert, vielmehr erachtet er gewisse Voraussetzungen als so selbstverständlich, daß er sie nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen hat.

Eine dieser Voraussetzungen ist die Handlungsfähigkeit gemäß Art. 12 ff. ZGB. Sie ergibt sich aus der Natur des Kontrollamtes⁴⁴¹, da man nicht Personen, die sich selbst nicht einmal in relativ einfachen Rechtsgeschäften des täglichen Lebens verpflichten können, die wichtigen Aufgaben des Revisors übertragen kann⁴⁴². Auch würde die Belastung dieser Personen mit der vom Gesetzgeber gemäß Art. 916 OR an dieses Amt geknüpften Haftung dem vom Gesetzgeber gewollten Schutz der handlungsunfähigen Personen widersprechen.

439 Eine große Zahl von Genossenschaften hatte 1936 die Kontrolltätigkeit bereits dem Genossenschaftsverband, dem sie angehörte, übertragen, vgl. Hügi, Verbandsrevision S. 65 ff.; Boson, Coop S. 317 f. sowie zur Verbandsrevision bei V.O.L.G. und V.S.K. im Jahre 1927 vgl. Durtschi, Revision S. 73 f.

440 Hiermit sind die Sparkassengenossenschaften gemeint, vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 906 OR Rdn. 3.

441 Nach h.M. ergibt sich das Erfordernis der Handlungsfähigkeit aus analoger Anwendung der für das Auftragsverhältnis geltenden Vorschrift Art. 405 OR, die den Auftrag bei Eintritt der Handlungsunfähigkeit erlöschen läßt, vgl. Hirsch, Contrôle S. 77 f.

442 Vgl. die entsprechenden Ausführungen zur Mitgliedschaft in der Verwaltung bei Henggeler, Differenzen S. 120.

Eine weitere Voraussetzung ist eine gewisse Sachkenntnis. Hier generell die Kenntnisse diplomierter Bücher-sachverständiger zu verlangen, wie dies verschiedentlich in der Literatur⁴⁴³ anklingt, ginge zu weit. Der Gesetzgeber hat wegen des unterschiedlichen Charakters der Genossenschaft als Personenvereinigung⁴⁴⁴ im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften bewußt auf eine Vorschrift wie Art. 723 OR, die eine weitere Prüfung durch eine externe Kontrollstelle für die Aktiengesellschaft verlangt, verzichtet, da er einerseits in der in der Regel geringeren Komplexität der Geschäftstätigkeit, andererseits im genossenschaftlichen Postulat des Zusammenwirkens aller zum gegenseitigen Nutzen Kriterien sah, die eine weniger perfekte Revision vertretbar erscheinen ließen⁴⁴⁵.

Gewisse Sachkenntnis bedeutet vielmehr, daß unterschiedlich nach Größe und Komplexität der Genossenschaft und ihrer Geschäftstätigkeit Anforderungen an das Vertrautsein der Revisoren mit dem Geschäftsgebiet und an ihre allgemeinen kaufmännischen und buchhalterischen Kenntnisse gestellt werden müssen. Diese Mindestanforderung kann auch daraus hergeleitet werden, daß in der leichtfertigen Übernahme eines Amtes ohne

443 Vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 74 Fußnote 8 sowie Weber, Kontrollstelle S. 7 f.

444 Vgl. die Legaldefinition in Art. 828 Abs. 1 OR sowie Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 237 f. mit weiteren Nachweisen.

445 Vgl. zu diesem Komplex auch unten Ziff. 2.6.1.1.1. Gegen hohe fachliche Anforderungen sprachen auch der Mangel an Bücherexperten, zu hohe Prüfungskosten, Bedenken gegen die Schaffung eines Monopols usw., vgl. Weber, Kontrollstelle S. 7 Fußnote 11. Anderer Meinung ist Henggeler, Differenzen S. 147 f. sowie Forstmoser, Teilrevision S. 50, die für die Genossenschaften mindestens ebenso qualifizierte Prüfer fordern, wie sie für die Aktiengesellschaft vorgesehen sind.

die zur Erfüllung dieses Amtes notwendigen Kenntnisse bereits eine zumindest fahrlässige Pflichtverletzung gesehen werden muß⁴⁴⁶, welche die Haftungsfolgen⁴⁴⁷ des Art. 916 OR nach sich zieht.

Weitere in der Person des Revisors selbst liegende Anforderungen ergeben sich nicht. Zu denken wäre an die Schweizer Staatsbürgerschaft für die Mehrheit der Kontrollstellenmitglieder. Dies ist jedoch nicht erforderlich, da eine Überfremdung der Genossenschaft, wie sie durch Art. 895 Abs. 1 OR vorgebeugt werden soll, durch die Besetzung der Kontrollstelle nicht zu befürchten ist.

2.6.1.1.1. Inkompatibilität

In Art. 727 Abs. 2 Satz 2 OR wird für die Aktiengesellschaft ausdrücklich gefordert, daß die Revisoren nicht Mitglieder des Verwaltungsrats oder Angestellte der Aktiengesellschaft sein dürfen, in Art. 731 Abs. 1 OR verboten, der Kontrollstelle Aufgaben der Verwaltung zu übertragen. Im Genossenschaftsrecht fehlt eine solche Regelung.

In der neueren Literatur⁴⁴⁸ wird häufig die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des

446 Vgl. Henggeler, Differenzen S. 156 mit weiterem Nachweis.

447 Vgl. zur Haftung der Revisoren unten Ziff. 2.6.6.

448 So mit ausführlicher Begründung Belser, Versicherungsgenossenschaften S. 118 ff.; Henggeler, Differenzen S. 21, 120 f., 137, 142 f.; Jaeggi, Haftung S. 32 ff.; sowie Bossard, Reform S. 27 und 33, der zwischen der aktienrechtlichen und genossenschaftsrechtlichen Kontrollstelle keinen Unterschied macht. Vgl. weiter v. Steiger, Grundriss S. 53: "Für die Kontrollstelle sieht Art. 906 Abs. 4 OR vor, dass ausser natürlichen Personen auch Behörden oder juristische Personen ... wähl-

Rechts der Genossenschaft die Aufnahme dieser Bestimmungen vergessen und es handle sich um eine nach richterlicher Ausfüllung heischende Lücke im Gesetz, die durch analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften Art. 727 Abs. 2 Satz 2 und Art. 731 Abs. 1 OR geschlossen werden müsse. Andernorts wird in der Literatur⁴⁴⁹ von der Gesetzesregelung ausgegangen und die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Inkompatibilitätsregelung für die Genossenschaft nicht in Betracht gezogen.

Eine Lücke, die der richterlichen Rechtsfindung bedarf, liegt nicht schon dann vor, wenn durch das Unterlassen einer Regelung eine unvollkommene, der Sachlage nicht gerecht werdende Rechtslage geschaffen wird⁴⁵⁰. Besonders nicht, wenn diese Diskrepanz zwi-

bar sind. Sie dürfen nur nicht Mitglieder der Verwaltung oder Angestellte der Gesellschaft sein." Eine Herleitung dieses Verbots gibt v. Steiger jedoch nicht.

Hinsichtlich Art. 731 Abs. 1 OR - Übertragung einzelner Aufgaben der Verwaltung auf Kontrollstellenmitglieder - geht allerdings auch v. Steiger, Grundriss S. 81 f. von der Kompatibilität aus und nennt als Begründung den Willen des Gesetzgebers, bei der Genossenschaft mehr Freiheit als bei der Aktiengesellschaft walten zu lassen, da bei letzterer "gewichtige Gründe für eine deutliche Trennung zwischen Verwaltungs- und Kontrollorganen sprechen".

449 So Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 253; Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 298; Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 226; v. Steiger, Grundriss S. 81 f.

450 Vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar Art. 1 ZGB Rdn. 251 ff. In Frage käme hier nur die sogenannte unechte, verdeckte Lücke, die dann anzunehmen ist, wenn zwar die formelle Anwendung des Gesetzes zu einer Antwort führt, diese jedoch unbefriedigend ausfällt, weil sie zu der dem Gesetz zugrundeliegenden Wertordnung im Widerspruch steht, vgl. auch Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 176.

schen rechtlicher Regelung und tatsächlichem Erfordernis erst durch die Entwicklung nach der Setzung des Rechts offenbar geworden ist.

Der Gesetzgeber von 1936⁴⁵¹ könnte allerdings auch bewußt eine vom Aktienrecht abweichende Regelung bei der Genossenschaft getroffen haben, was bedeuten würde, daß er keine Lücke geschaffen, sondern eine negative Entscheidung getroffen hat. Für richterliche Rechtsfindung durch eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Inkompatibilitätsvorschriften wäre hier kein Raum⁴⁵², auch wenn das geltende Recht heute als unvollkommen zu betrachten wäre⁴⁵³.

Dieses Ergebnis würde jedoch keine Wertung der bestehenden Regelung bedeuten. Der Verfasser ist vielmehr der Meinung, daß die Inkompatibilitätsregelung des Aktienrechts⁴⁵⁴ heute wegen der erhöhten Komplexität der

451 Maßgebend für die Entscheidung, ob eine Lücke vorliegt, ist die Grundkonzeption oder "Intention des Gesetzgebers", vgl. Larenz, Methodenlehre S. 353.

452 BGE 73 III S. 4, 73 II S. 203, 76 II S. 61.

453 Die Anwendung der Vorschriften über die Kontrolle in Art. 906 ff. OR könnte nach Art. 2 Abs. 2 ZGB einen Normenmißbrauch darstellen, falls sich die Verhältnisse seit Erlaß des Gesetzes so gewandelt hätten, daß die Anwendung mißbräuchlich erschiene. Dies kann jedoch nicht angenommen werden, da eine derartige rechtspolitische Lücke nur in krassen Fällen von Unvollkommenheit zu bejahen ist, das Vorliegen einer atypischen Sachlage genügt jedoch nicht, vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar Art. 1 ZGB Rdn. 296 sowie Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 227.

454 Vgl. Art. 727 Abs. 2 Satz 2 und 731 Abs. 1 Satz 2 OR sowie Art. 23 des Vorschlags für eine Teilrevision des Aktienrechts Zwischenbericht Tschopp S. 68 ff. und 79 f., wonach die Bestimmungen des geltenden Aktienrechts noch nicht einmal als ausreichend angesehen werden, um die Unabhängigkeit der Kontrollstelle zu garantieren.

wirtschaftlichen Zusammenhänge und der damit verbundenen höheren Anforderungen an die Objektivität der Kontrolle auch für die Genossenschaft gelten sollten⁴⁵⁵. Bei einer Revision des 29. Titels des Obligationenrechts sollten sie in das Gesetz aufgenommen werden. Er glaubt jedoch, daß sich die Vertreter der oben zitierten "Lückentheorie"⁴⁵⁶ bei der Beurteilung der Rechtslage zu stark von dieser für die heutige Zeit gültigen Erkenntnis der Unvollkommenheit der Prüfungsregelung haben leiten lassen.

2.6.1.1.1.1. Der Gegenstand der Gesetzesrevision:
Das Obligationenrecht von 1881

Der oben zitierten Meinung, der Gesetzgeber habe die Inkompatibilitätsvorschriften schlicht vergessen, muß als erstes entgegengehalten werden, daß dieser ein Gesetz revidierte, in welchem eine Inkompatibilitätsregelung getroffen war. Wie oben ausgeführt⁴⁵⁷, enthielt nämlich das Obligationenrecht von 1881 in Art. 705 Abs. 2 eine Bestimmung, in der es den für die Gesellschaft Handelnden die Abstimmungsbefugnis in der Kontrollinstanz entzog, also eine Inkompatibilitätsvorschrift. Es mutet höchst unwahrscheinlich an, daß der Gesetzgeber die Aufnahme dieser oder einer entsprechenden Vorschrift in das neue Gesetzeswerk

455 Vgl. zu den Gründen für eine der aktienrechtlichen Situation entsprechende Neuregelung der Inkompatibilität des Kontrollstellenmandats Guhl, Obligationenrecht S. 503; Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 227 und 291; Morger, Prüfungspflicht S. 73; vgl. auch zu der Wandlung des Genossenschaftswesens in der heutigen Zeit Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 38 f. und 98 ff.

456 Vgl. oben Fußnote 448.

457 Vgl. oben Ziff. 1.2.2.1.

aus Vergeßlichkeit unterlassen haben soll, auch wenn das neue Recht in mehreren Entwürfen und jahrelangen Beratungen ausgearbeitet wurde und nicht eine kurzfristige, unmittelbare Umarbeitung des alten Obligationenrechts darstellt.

2.6.1.1.1.2. Unterschiedliche Gefahrenlage

Wenn in den Beratungen des neuen Genossenschaftsrechts verschiedentlich zum Ausdruck gebracht wurde, daß die Kontrollstelle wie bei der Aktiengesellschaft geregelt werden sollte⁴⁵⁸, nahm eine grundsätzlich analoge Regelung dem Gesetzgeber nicht die Möglichkeit, Einzelheiten der für die Kapitalgesellschaft geschaffenen Institution aufgrund der Besonderheiten der Genossenschaft abweichend zu regeln. Der Gesetzgeber war der Auffassung, daß die Gefahrenlage bei der Genossenschaft eine andere sei als bei der Aktiengesellschaft⁴⁵⁹. Gründe hierfür lagen einerseits in der Geschäftstätigkeit, andererseits im personellen Moment.

Hinsichtlich der Geschäftstätigkeit hielt der Gesetzgeber die wirtschaftliche Komplexität der Aktiengesellschaft für größer als die der Genossenschaft⁴⁶⁰. Auf personeller Seite ergab sich aus damaliger Sicht der Grund für eine andere Gefahrenlage aus der anderen Motivation bei Gründung und Mitgliedschaft.

458 Vgl. Bundesrätliche Botschaft vom 21.2.1928 (BBl. 1928 I S. 300).

459 Vgl. Bericht Hoffmann, Bern 1935 S. 120 f.

460 Vgl. Henggeler, Differenzen S. 5: "Wie ein roter Faden durchläuft der Hinweis auf die im Genossenschaftswesen zumeist einfacheren Verhältnisse die Materialien." Vgl. auch v. Steiger, Grundriss S. 81 f. sowie Botschaft 1928 S. 87.

Bei der Aktiengesellschaft ist es in der Regel das Gewinnstreben, also das finanz-spekulative Moment⁴⁶¹, das Kaufleute oder andere wirtschaftlich Erfahrene veranlaßt, für eine Vermögensanlage zur Verfügung stehendes Geld anzulegen.

Bei der echten Genossenschaft hingegen überwiegen soziale Motive⁴⁶² gegenüber kapitalistischen. Wie bereits ausgeführt⁴⁶³, ist das historische Motiv der Genossenschaftsbewegung die Linderung bestehender Not. Dieses Motiv begegnet uns heute zwar aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Prosperität der Industriestaaten in gewandelter Form⁴⁶⁴, jedoch sind die Mitglieder der Genossenschaften noch immer die relativ wirtschaftlich Schwächeren. Noch immer gilt der ideelle Grundgedanke der Genossenschaftsbewegung, daß die Genossenschaft eine Schicksalsgemeinschaft zur Linderung gegenseitigen Mangels durch vertrauensvolles Zusammenwirken aller sei. Gegenüber der Anonymität der Aktionäre untereinander herrscht bei der typischen Genossenschaft auch heute noch eine Verbundenheit der Mitglieder⁴⁶⁵, die aus der Schicksalsgemeinschaft - nach

461 Vgl. Henggeler, Differenzen S. 154.

462 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 15: "So tritt, im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, das persönliche Element in der gesamten Ordnung des Genossenschaftsrechtes zutage und bedingt für die Genossenschaft eine von der Aktiengesellschaft abweichende und namentlich freiere Gestaltung." Vgl. auch die detaillierten Ausführungen bei Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 76 ff., der betont, daß sich bei der Genossenschaft immer Menschen und keine "Teilsommen" gem. Art. 620 Abs. 1 OR zusammenschließen. Vgl. ferner Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 238 und die Botschaft 1928 S. 81 "... die Mitglieder nicht, wie bei den kapitalistischen Vereinigungen, blosse Träger von Vermögensrechten sind, sondern das persönliche Substrat der Gemeinschaft bilden."

463 Ziff. 1.1.

464 Vgl. Pestalozzi, Mehrstimmrecht S. 38 f.

465 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 42 f.

Art. 868, 869, 871 OR können die Statuten die unbeschränkte persönliche Haftung oder Nachschußpflicht vorsehen - resultiert und sich in der gleichen Stimmrechtsmacht gemäß Art. 885 OR, in der in Art. 854 OR festgelegten generellen Gleichheit der Rechte und Pflichten -, die ohne Rücksicht auf die finanzielle Beteiligung des einzelnen gelten⁴⁶⁶ - und in der gegenwärtigen Treuepflicht gemäß Art. 866 OR wie auch in der erschwerten Übertragung der Mitgliedschaft⁴⁶⁷ manifestiert.

Dem Gesetzgeber erschien nach Meinung des Verfassers die Gefahrenlage in einer solchen - zu seiner Zeit noch ausgeprägter - idealistischen Personengemeinschaft geringer als in der anonymen und spekulativen Aktiengesellschaft⁴⁶⁸. Dies sprach dafür, die Sicherheitsvorschriften, hier die Gewaltentrennung, bei der Genossenschaft weniger scharf zu fassen.

2.6.1.1.1.3. Abwägung zwischen Gewaltentrennung und Interesse an wirtschaftlichem Zusammenwirken

Im schweizerischen Recht hat sich in historischer Entwicklung die Aufgabe der Kontrolle vom Aufsichtsrat auf Kontrollstelle und nicht geschäftsführende Verwaltungs-

466 BGE 72 II S. 91.

467 Vgl. Art. 849 Abs. 1 OR sowie v. Steiger, Grundriss S. 14.

468 Eine weitere Folge dieser Erkenntnis ist, daß der Gesetzgeber auf eine besondere Gründerhaftung, wie sie für die Aktiengesellschaft normiert wurde, verzichtete, vgl. Guhl, Obligationenrecht S. 726 sowie BGE 66 II S. 161; dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt, da die Kredit- und Versicherungsgenossenschaften wegen ihres besonderen Geschäftsgegenstandes eine Ausnahme darstellen und der Gründerhaftung unterliegen.

ratsmitglieder⁴⁶⁹ verlagert. Es erscheint daher vorstellbar, daß der Gesetzgeber positive Merkmale des alten Aufsichtsrates⁴⁷⁰ bei den beiden nunmehr die Kontrolle wahrnehmenden Organen beibehalten wollte. Ein Vorteil des Aufsichtsrates alter Prägung war die aus der nicht nur periodischen, sondern laufenden Kontrolle der Geschäftsführung resultierende erhöhte Sachkunde und Vertrautheit mit den Angelegenheiten der Genossenschaft sowie das aus der Mitwirkung bei einzelnen besonders wichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen resultierende einverständliche Zusammenwirken beider Organe⁴⁷¹.

Der Verfasser ist deshalb der Meinung, daß der Gesetzgeber in Anbetracht dieser Vorteile auf eine Inkompatibilitätsvorschrift bei der Genossenschaft verzichtete und, was die Unabhängigkeit und Objektivität der Revisoren anbelangt, auf die verschiedentlich hervor gehobene⁴⁷² Eigendisziplin des Bürgers vertraute und deshalb einer liberaleren Regelung den Vorzug gab.

469 In einigen Entwürfen war das Kontrollorgan noch in Analogie zum Aufsichtsrat des deutschen Gesellschaftsrechts geregelt worden, vgl. - allerdings auf die Aktiengesellschaft bezogen - Morger, Prüfungspflicht S. 61 und 88.

470 Vgl. zur Mitwirkung des alten Aufsichtsrats bei der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft, Morger, Prüfungspflicht S. 11 ff. und 18.

471 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 81 f., der verschiedene Beispiele der Praxis für ein derartiges Zusammenwirken von Verwaltung und Kontrollstelle bringt.

472 Vgl. oben Ziff. 1.2.2.

2.6.1.1.1.4. Prüfungsauftrag

Als weiteres Indiz in dieser Kette kann der unterschiedliche Prüfungsauftrag für die Kontrollstelle der Aktiengesellschaft (Art. 728 Abs. 1 OR) und der Genossenschaft (Art. 906 Abs. 1 OR, Art. 907 Abs. 1 OR) herangezogen werden, wenn auch viele Autoren⁴⁷³ diesen Unterschied gleichfalls für ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers halten und den Prüfungsauftrag bei der Genossenschaft nicht weiter gehen lassen wollen als bei der Aktiengesellschaft.

Der Gesetzgeber hat es bei der Genossenschaft nicht bei der enumerativen Aufzählung der Prüfungsaufgaben bewenden lassen, wie dies für die Aktiengesellschaft in Art. 728 Abs. 1 OR geschehen ist, sondern er hat die Aufzählung durch die Einfügung des Wortes "insbesondere" in Art. 907 Abs. 1 Satz 1 OR zu einer beispielhaften, nicht erschöpfenden Aufzählung gemacht⁴⁷⁴ und passend hierzu in Art. 906 Abs. 1 OR neben der Prüfung der Bilanz auch die Geschäftsführung als Prüfungsgegenstand der Kontrollstelle genannt. Dieses Hinübergreifen des Prüfungsauftrages in den materiellen Bereich der Geschäftsführung spricht gleichfalls für die oben⁴⁷⁵ vertretene Auffassung, daß der Gesetzgeber ein stärkeres Zusammenwirken zwischen Geschäftsführung und Kontrolle im Sinne der historischen laufenden Beratungskontrolle bei der Genossenschaft für vorteilhaft und vertretbar hielt und deshalb Prü-

473 Vgl. unten Ziff. 2.6.4.2.5. Fußnote 516.

474 Vgl. hierzu auch unten Ziff. 2.6.4.2.5.2.

475 Vgl. Ziff. 2.6.1.1.1.3.

fungsauftrag und Inkompatibilität anders als bei der Aktiengesellschaft regelte⁴⁷⁶.

2.6.1.1.1.5. Schluß aus der Inkompatibilitätsregelung des Art. 887 Abs. 2 OR

Vordergründig scheint sich Art. 887 Abs. 2 OR, der die Mitglieder der Kontrollstelle bei der Abstimmung über die Décharge von der Inkompatibilitätsbestimmung des Absatzes 1 ausnimmt, zur Stützung der hier vertretenen Auffassung anzubieten, daß der Gesetzgeber für das Verhältnis Kontrollstelle/Verwaltung auf eine Inkompatibilitätsvorschrift bewußt verzichtete. Bei genauerer Prüfung ergibt sich jedoch, daß der Gesetzgeber in Absatz 2 nur klarstellen wollte, daß die Tätigkeit der Kontrolle keine Teilnahme an der Geschäftsführung bedeute⁴⁷⁷.

Art. 887 OR soll hier deshalb nur insofern herangezogen werden, als er ein Beispiel dafür bildet, daß der Gesetzgeber sich auch bei der Genossenschaft des Problems der Inkompatibilität bewußt war und eine ver-sehentliche Nichtregelung bei der Kontrollstelle deshalb um so unwahrscheinlicher erscheint.

476 Auch hier ließe sich (wie oben unter Ziff. 2.6.1.1.1.3.) als Argument anführen, daß der Gesetzgeber wollte, daß die Aufgabe der Kontrollstelle auch gewisse Prüfungsaufgaben umfaßt, die im alten Obligationenrecht dem dort vorgesehenen und nicht ins neue Obligationenrecht übernommenen Organ des Aufsichtsrats oblagen.

477 Vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 887 Rdn. 3.

2.6.1.2. Statutarische Anforderungen an die Person

Gemäß Art. 832 Ziff. 4 OR müssen die Statuten Bestimmungen über die Kontrollstelle erhalten⁴⁷⁸. Gemäß Art. 910 Abs. 1 OR können sie unter anderem über die Organisation der Kontrollstelle über die gesetzliche Regelung in Art. 906 ff. OR hinausgehende Bestimmungen treffen. Aus beiden Vorschriften ergibt sich die Berechtigung der Genossenschaft, in ihren Statuten zusätzliche Qualifikationsmerkmale für die gemäß Art. 906 Abs. 2 OR zu wählenden Personen aufzustellen.

2.6.2. Wahl

2.6.2.1. Wahlorgan

Die Generalversammlung ist gemäß Art. 906 Abs. 2 OR berufen, die Revisoren zu wählen. Als Wahlorgan der Genossenschaft bringt sie deren Willen zum Ausdruck. Ein Rechtsverhältnis der Revisoren entsteht deshalb nicht zur Generalversammlung, sondern zur Genossenschaft.

Die erste Wahl der Kontrollstelle wird gemäß Art. 834 Abs. 3 OR von der konstituierenden Versammlung vorgenommen, die weiteren Wahlen in der Regel von den ordentlichen Generalversammlungen. Eine außerordentliche Generalversammlung ist zuständig, wenn z.B.

⁴⁷⁸ Da der Gesetzgeber jedoch in Art. 906 ff. die Kontrollstelle weitgehend geregelt hat, können die Statuten auch nur auf diese Bestimmungen verweisen oder sie übernehmen, vgl. Forstmoser, Berner Kommentar Art. 832 Rdn. 119; Einzelheiten, die der Gesetzgeber nicht geregelt hat, wie z.B. die Anzahl der Revisoren bleiben aber trotzdem in den Statuten zu regeln.

während der Amtsperiode die in den Statuten festgelegte oder bei der letzten Wahl bestimmte Mitgliederzahl⁴⁷⁹ der Kontrollstelle infolge Rücktritt oder Tod vermindert wird und keine Ersatzmänner zur Verfügung stehen, weil von dieser in Art. 906 Abs. 2 Satz 2 OR gebotenen Möglichkeit der Wahl von Ersatzmännern kein Gebrauch gemacht worden war.

2.6.2.1.1. Übertragung des Wahlrechtes

Für Genossenschaften bestimmter GröÙe oder bestimmter Mitgliederzusammensetzung hat der Gesetzgeber zugelassen, daß in den Statuten unter anderem die Befugnis der Generalversammlung zur Wahl der Kontrollstellenmitglieder gemäß Art. 880 OR durch schriftliche Stimmabgabe (Urabstimmung) der Genossenschaftler ausgeübt oder gemäß Art. 892 OR auf eine Delegiertenversammlung übertragen wird. In beiden Fällen tritt jedoch keine Übertragung dieser Aufgabe auf ein anderes Genossenschaftsorgan ein, wie dies hingegen in Art. 893 OR der Fall ist.

Nach Art. 893 OR, der vom Gesetzgeber bewußt im Interesse der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt als Sonderrecht für diese ins Gesetz aufgenommen wurde⁴⁸⁰, kann bei konzessionierten Versicherungsgenossenschaften mit über tausend Mitgliedern neben anderen Rechten auch die Befugnis zur Wahl der Kontrollstellenmitglieder auf die Verwaltung übertragen werden. Grundsätzliche Regeln des Körperschafts-

479 Das Gesetz regelt weder die Mitgliederzahl noch bestimmt es, daß sie in den Statuten geregelt werden müÙte.

480 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 233 und 234.

rechts wie die Trennung der legislativen (Generalversammlung) und der exekutiven (Verwaltung) "Gewalt" und die demokratische Führung durch die Gesamtheit der Mitglieder sind in Art. 893 OR aufgehoben. Die Verwaltung vereinigt hier an sich gegensätzliche Kompetenzen auf sich, was z.B. dazu führen kann, daß sie sowohl ihre eigenen Mitglieder als auch die Mitglieder der ihr Entlastung erteilenden Kontrollstelle selbst wählt⁴⁸¹.

Begründet wird diese Ausnahmeregelung damit, daß einerseits die Zahl der Genossenschafter bei solchen Genossenschaften die Durchführung einer Generalversammlung unmöglich mache und selbst wenn man dieses Problem durch Urabstimmung oder Delegiertenversammlung lösen könnte, andererseits, als wesentlicher Grund für eine Ausnahmeregelung, das mangelnde demokratische Interesse des einzelnen Genossenschafters einer Mitwirkung entgegenstünde. Dieses mangelnde Interesse des Genossenschafters resultiert aus dem Umstand, daß sich die Mitgliedschaft in diesen Versicherungsgenossenschaften praktisch mit dem Versicherungsvertragsverhältnis deckt⁴⁸².

481 Vgl. Sigg, Organ S. 158 sowie Guhl, Obligationenrecht S. 591.

482 Vgl. Sigg, Organ S. 159 und 162 sowie zur Frage, ob bei derartigen großen Versicherungsgenossenschaften nicht die anstaltlichen bzw. stiftungsähnlichen Züge überwiegen, Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 193; Belser, Versicherungsgenossenschaften S. 20 und Sigg, Organ S. 160 ff. Vgl. zur gleichen Frage bei den großen Wohnbaugenossenschaften Moser, Wohnbaugenossenschaften S. 108 ff.

2.6.2.2. Wahlvoraussetzungen

Die Wahl der Kontrollstelle oder einzelner Mitglieder derselben muß gemäß Art. 883 Abs. 1 und 2 OR als Gegenstand der Generalversammlung den Genossenschaftlern bereits in der Einladung zur Versammlung mitgeteilt werden.

2.6.2.3. Wahlvorschläge

Die Wahlvorschläge können von seiten der Genossenschaftler wie auch von seiten der Verwaltung kommen⁴⁸³. In der Praxis kommen die Vorschläge meist von der Verwaltung und ihre Kandidaten werden in der Regel auch gewählt, da die Genossenschaftler hier auf die größere Sachkenntnis der Verwaltung vertrauen und häufig auch durch deren Autorität beeinflußt werden⁴⁸⁴.

2.6.2.4. Mehrheit

Gemäß Art. 888 OR in Verbindung mit Art. 906 Abs. 2 OR genügt zur Wahl der Kontrollstellenmitglieder und ihrer Ersatzmänner die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

483 Im deutschen Recht ist das geschäftsführende Organ (Vorstand) bei der Wahl des Aufsichtsrates vom Vorschlagsrecht ausgeschlossen, vgl. oben Ziff. 2.5.2.2.

484 Vgl. Weber, Kontrollstelle S. 4 f.

2.6.2.5. Rechtswirksamkeit

Die Wahl muß, um wirksam zu werden, von den Gewählten angenommen werden, da sie kein einseitiger Rechtsetzungsakt, sondern eine zustimmungsbedürftige Willenserklärung ist⁴⁸⁵.

2.6.3. Amtszeit

Das Gesetz regelt in Art. 906 Abs. 2 OR nur die Mindestamtszeit von einem Jahr. Eine Höchstdauer, wie sie in Art. 727 Abs. 4 OR für die Aktiengesellschaft mit drei Jahren festgelegt wird, gilt für die Genossenschaft nicht. Die Statuten oder die Generalversammlung können also die Amtszeit der Kontrollstelle frei bestimmen. Generell sollte die Amtszeit jedoch nicht zu kurz bemessen sein, da die Qualität des Revisors mit seiner Erfahrung steigt.

In Problemfällen bleibt der Generalversammlung die Möglichkeit, gemäß Art. 890 Abs. 1 OR Mitglieder der Kontrollstelle vor Ablauf ihrer Amtszeit abzuernen⁴⁸⁶, den Mitgliedern der Kontrollstelle das Recht

485 Vgl. Weber, Kontrollstelle S. 9 sowie die detaillierte Darstellung bei Hirsch, Contrôle, der analog zur französischen Rechtslage auch eine Annahme des bei der Wahl anwesenden Contrôleur durch Schweigen als ausreichend erachtet.

486 Art. 24 Abs. 3 des Vorschlags für eine Teilrevision des Aktienrechts enthält für die Aktiengesellschaft den Vorschlag, den Aktionären und Gläubigern ein Klagerecht auf gerichtliche Abberufung von Revisoren einzuräumen, falls diese die Voraussetzungen für die Ausübung ihres Amtes nicht oder nicht mehr erfüllen. Als Begründung für diese Neuregelung wird angeführt, nur so könne die Generalversammlung gegen den Willen der Mehrheit gezwungen werden, unabhängige und fachkundige Revisoren zu wählen, vgl. Zwischenbericht Tschopp S. 81. Der dieser Regelung zugrunde liegende Gedanke, der Macht-

vom Amt zurückzutreten. Dieses Recht zum Rücktritt ergibt sich aus der besonderen Vertrauensstellung gegenüber der Genossenschaft und aus dem Mandatsrecht der Revisoren⁴⁸⁷.

2.6.4. Kontrolle und Prüfung

Die Aufgabe der Kontrollstelle bildet einerseits ein Äquivalent zu der starken Beschränkung der persönlichen Kontroll- und Eingriffsrechte der Genossenschafter⁴⁸⁸, andererseits resultiert sie aus dem Informationsbedürfnis der Generalversammlung⁴⁸⁹. Art. 908 Abs. 2 OR bestimmt ausdrücklich, daß die Generalversammlung über Betriebsrechnung und Bilanz nur Beschluß fassen kann, wenn ihr von der Kontrollstelle ein schriftlicher Bericht vorgelegt wurde⁴⁹⁰. Grundauftrag der Kontroll-

kumulierung bei den Großaktionären entgegenzuwirken, spielt bei der Genossenschaft wegen des Prinzips der Stimmgleichheit keine Rolle. Da jedoch bei den Großgenossenschaften, wie ausgeführt (vgl. Ziff. 2.2.1.3.), gerade infolge dieses Prinzips eine Lähmung des Mitgliederwillens eintreten und dadurch eine Machtverschiebung auf die Verwaltung erfolgen kann, erscheint dieser Reformvorschlag auch für die Großgenossenschaften diskutierenswert; vgl. jedoch auch die Bedenken gegen diesen Reformvorschlag bei Jolidon, Contrôle S. 94, der eine zu starke Behinderung, wenn nicht sogar eine Ausschaltung der Kontrollstelle befürchtet.

487 Gem. Art. 404 OR.

488 Vgl. Weber, Kontrollstelle S. 19 und 24 sowie Ziff. 2.3.1.1.1.

489 Vgl. Funk, Kommentar Art. 698 OR Ziff. 5.

490 Hieraus ergibt sich, daß, falls die Statuten keine kürzeren Zeiträume vorsehen, die Prüfung durch die Kontrollstelle einmal jährlich vorgenommen werden muß, und zwar so, daß der Bericht der Kontrollstelle innerhalb von 6 Monaten nach Schluß des Geschäftsjahres, d.h. rechtzeitig vor der ordentlichen Generalversammlung, vorliegt, vgl. Ziff. 2.2.1.1. sowie Schnider, Kontrolle S. 34.

stelle ist also, die Generalversammlung in den Stand zu setzen, ihre in Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR festgelegten Aufgaben gegenüber der Verwaltung zu erfüllen⁴⁹¹, indem sie ihr die hierfür erforderliche Tatsachenkenntnis verschafft. Der gesetzliche Prüfungsauftrag der Kontrollstelle ist in Art. 906 Abs. 1 und 907 Abs. 1 OR geregelt⁴⁹².

2.6.4.1. Auskunfts- und Einsichtsrechte

Das Korrelat zu dem in Art. 906 Abs. 1 und Art. 907 Abs. 1 OR festgelegten Prüfungsauftrag bildet die Verpflichtung der Verwaltung zur entsprechenden Offenlegung. Gemäß Art. 907 Abs. 2 OR hat die Verwaltung die Bücher und Belege vorzulegen und auf Verlangen über das Inventar und die Grundsätze, nach denen es aufgestellt ist, sowie über einzelne bestimmte Gegenstände Aufschluß zu erteilen.

Da die Aufgabe der Kontrollstelle aber gerade darin liegt, die Auskünfte der Verwaltung zu überprüfen, wird unter der Formulierung "Aufschluß erteilen" nicht nur die Auskunft, sondern Auskunft und Nachweis der Richtigkeit zu verstehen sein⁴⁹³.

491 Vgl. zu den Kontroll- und Prüfungsaufgaben der Generalversammlung oben Ziff. 2.2.1.4.

492 Vgl. im einzelnen Ziff. 2.6.4.2.

493 Vgl. hingegen Weber, Kontrollstelle S. 29, der die Begriffe "Aufschluß" und "Auskunft" synonym verwendet und eine Unvereinbarkeit mit dem Prüfungsauftrag annimmt.

2.6.4.2. Prüfungsaufgaben

In Art. 906 Abs. 1 und Art. 907 Abs. 1 OR sind folgende Einzelaufgaben⁴⁹⁴ der Kontrollstelle festgelegt:

1. Sie muß prüfen, ob die Bücher ordnungsgemäß geführt sind und ob Betriebsrechnung und Bilanz⁴⁹⁵ mit den Büchern übereinstimmen.
2. Sie hat weiter zu prüfen, ob das Geschäftsergebnis und die Vermögenslage nach den maßgeblichen Vorschriften des Gesetzes und der Statuten richtig dargestellt sind.
3. Bei Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschußpflicht muß sie zusätzlich prüfen, ob das Genossenschaftsverzeichnis ordnungsgemäß geführt ist.
4. Umstritten ist, ob der Wortlaut von Art. 906 Abs. 1 OR nur eine "unglückliche Formulierung"⁴⁹⁶ ist, oder ob der Gesetzgeber auch die Geschäftsführung der Prüfung der Kontrollstelle unterwerfen wollte⁴⁹⁷.

494 In der Reihenfolge, in der sie im folgenden behandelt werden.

495 Die Bilanz ist die Darstellung des statischen Vermögensstandes zu einem Stichtag, während die Betriebsrechnung bzw. bei Unternehmen mit doppelter Buchführung die Gewinn- und Verlustrechnung die Darstellung aller Bewegungen auf der Soll- und Habenseite, also der verschiedenen Geschäftsvorgänge der gewählten Betriebsperiode ist. Letztere zeigt deshalb nicht den Vermögensstand, sondern den Geschäftserfolg der Genossenschaft, vgl. Morger, Prüfungsrecht S. 106 und 112. Ein Geschäftsbericht, wie er in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR indirekt für die Aktiengesellschaft verlangt wird, ist bei der Genossenschaft nicht vorgesehen. Zur Beurteilung dieser Regelung vgl. Henggeler, Differenzen S. 107 ff., der sich für den Fall einer Revision des Genossenschaftsrechts hinsichtlich dieser Frage für eine Angleichung an das Aktienrecht ausspricht.

496 Vgl. v. Steiger, Aufgaben S. 66.

497 Vgl. hierzu Ziff. 2.6.4.2.5 und Ziff. 2.6.1.1.1.4.

Diese Prüfungsaufgaben werden, auch wenn man die strittige Prüfung der Geschäftsführung ausklammert, von Lehre und Praxis⁴⁹⁸ in Prüfung auf formelle und materielle Richtigkeit untergliedert⁴⁹⁹. Prüfung auf formelle Richtigkeit heißt festzustellen, ob Betriebsrechnung und Bilanz dem Grundsatz der Bilanzklarheit⁵⁰⁰ entsprechen, auf materielle Richtigkeit, ob sie dem Grundsatz der Bilanzwahrheit⁵⁰¹ entsprechen.

Von Rechnungsprüfung kann man aus betriebswirtschaftlicher Sicht überhaupt nur sprechen, wenn neben der Überprüfung der im Hauptbuch ausgewiesenen Salden auf Übereinstimmung mit den Zahlen der Bilanz auch die Prüfung der buchhalterischen Bilanzquellen umfaßt ist⁵⁰².

Von den oben dargestellten einzelnen Prüfungsaufgaben der Kontrollstelle sind die in Ziff. 1 formelle, in Ziff. 2, 3 und gegebenenfalls Ziff. 4 materielle Prüfungen.

Diese im Gesetz festgelegten Aufgaben können gemäß Art. 910 Abs. 1 OR in den Statuten noch wesentlich werden⁵⁰³, namentlich kann auch die materielle Prüfung der Geschäftsführung, die sich aus dem Gesetz nach Auffassung vieler nicht zweifelsfrei ergibt⁵⁰⁴, angeordnet werden. Hinsichtlich des zeitlichen Abstandes

498 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 252, 205; Guhl, Obligationenrecht S. 635; Morger, Prüfungspflicht S. 85; Weber, Kontrollstelle S. 25.

499 Das Bundesgericht hat für die Aktiengesellschaft verschiedentlich eine materielle Prüfungspflicht verneint, vgl. BGE 65 II S. 19 f.; 34 II S. 501.

500 Vgl. Art. 959 OR "... klar und übersichtlich".

501 Vgl. Art. 959 OR "... vollständig ..." und Art. 960 OR, wonach der Grundsatz der Höchstbewertung beachtet werden muß.

502 Vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 85.

503 Gemildert dürfen sie hingegen in den Statuten nicht werden, vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 107.

504 Vgl. unten Ziff. 2.6.4.2.5.

der Prüfungen ergibt sich aus Art. 906 Abs. 1 OR, daß jedes Geschäftsjahr überprüft werden muß, also mindestens eine Prüfung pro Jahr anzusetzen ist. Die Statuten können jedoch gemäß Art. 910 Abs. 1 OR daneben noch Zwischenrevisionen vorsehen.

2.6.4.2.1. Ordnungsgemäße Buchführung

Die Kontrollstelle muß feststellen, ob die gemäß Art. 957 OR erforderlichen Bücher der Genossenschaft ordnungsgemäß geführt sind. Beurteilungskriterien dieser formellen Prüfung sind die Regeln kaufmännischer Buchführung⁵⁰⁵ gemäß Art. 957 - 962 OR. Hinsichtlich der Errichtung der Bilanz hat der Gesetzgeber bei der Genossenschaft auf so detaillierte Vorschriften wie für die Aktiengesellschaft in Art. 664 - 670 OR verzichtet. Neben den zitierten Vorschriften über die kaufmännische Buchführung finden sich einzig in den Art. 856, 857 und 902 OR Hinweise auf die Bilanz, die jedoch keinen weiteren Aufschluß geben⁵⁰⁶.

2.6.4.2.2. Übereinstimmung von Betriebsrechnung und Bilanz mit den Büchern

Die Prüfung auf Übereinstimmung der Betriebsrechnung und der Bilanz mit den Büchern ist ebenfalls eine formelle Prüfung, da hier nur die rechnerische Richtigkeit und die ziffernmäßige Übereinstimmung zwischen den Belegen, den Bucheintragungen und den Jahresberichten,

505 Vgl. zu den Regeln kaufmännischer Buchführung Morger, Pflichtprüfung S. 96 ff. sowie Berweger, Prüfung S. 41 ff.

506 Vgl. Forstmoser, Berner Kommentar, Systematischer Teil Rdn. 344.

nicht jedoch der reale wirtschaftliche Gegenstand der Buchungsvorgänge überprüft wird⁵⁰⁷. Diese Überprüfung bietet also noch keine Garantie, daß hinter den Bilanzziffern auch die entsprechenden Werte stehen⁵⁰⁸.

Die Verwaltung hat gemäß Art. 959 OR die Betriebsrechnung und die Bilanz so aufzustellen, daß sie den Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage der Genossenschaft vermitteln, sie muß den Grundsatz der Bilanzklarheit und hierzu gehörig den der Bilanzkontinuität beachten⁵⁰⁹.

Die Prüfung der Revisoren beschränkt sich häufig auf Stichproben und auf die Überprüfung, ob die Salden, die sich bei den einzelnen Buchhaltungspositionen ergeben, mit Bilanz und Betriebsrechnung übereinstimmen. Nur wenn sich hier Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit ergeben, wird die Prüfung vertieft⁵¹⁰.

2.6.4.2.3. Richtige Darstellung des Geschäftsergebnisses und der Vermögenslage

Die Kontrollstelle hat neben den formellen Prüfungen auch die materielle Richtigkeit der Jahresrechnung zu prüfen, sie muß also prüfen, ob die Verwaltung bei der Aufstellung der Betriebsrechnung und der Bilanz den Grundsatz der Bilanzwahrheit und den der Höchstbewer-

507 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 205.

508 Vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 113.

509 Vgl. zu diesen Grundsätzen die detaillierte Abhandlung bei Morger, Prüfungspflicht S. 108 ff.

510 Diese Praxis wurde durch das Bundesgericht als dem Prüfungsauftrag des Gesetzgebers entsprechend bestätigt, vgl. BGE 34 II S. 501 (allerdings noch zum alten Obligationenrecht).

tung⁵¹¹ gemäß Art. 959 und 960 OR⁵¹² beachtet hat, also zum Beispiel, ob die ausgewiesenen Aktiva auch tatsächlich vorhanden sind und ob sie zum richtigen Wert angesetzt sind. Bei den Kreditgenossenschaften und den konzessionierten Versicherungsgenossenschaften muß auch die Bildung der stillen Reserven von der Kontrollstelle überprüft werden⁵¹³, da Art. 663 OR gemäß Art. 858 Abs. 2 OR Anwendung findet.

Die Prüfung auf materielle Richtigkeit beschränkt sich noch stärker als die auf formelle Richtigkeit auf Stichprobenkontrollen, die nur bei Anlaß zur Vermutung einer Unrichtigkeit vertieft werden. Eine generelle lückenlose Prüfung ist aus zeitlichen und finanziellen Gründen nicht möglich und daher auch nicht die Intention des Gesetzgebers⁵¹⁴.

2.6.4.2.4. Ordnungsgemäße Führung des Genossenschafterverzeichnisses

In Art. 907 Abs. 1 OR ist für Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschußpflicht ausdrücklich bestimmt, daß die Kontrollstelle auch die regelrechte Führung des Genossenschafterverzeichnisses zu prüfen habe. Sie hat also auch die lückenlose Darstellung des sogenannten "sekundären Vermögens"⁵¹⁵ der Genossenschaft zu überprüfen.

511 Vgl. zu diesen Grundsätzen Morger, Prüfungspflicht S. 108 ff.

512 Aus den Statuten können sich weitere Bewertungsprinzipien ergeben.

513 Die Kontrollstelle muß sich von der Angemessenheit der stillen Reserven überzeugen, sie darf diese aber nicht der Generalversammlung offenlegen, da sonst das Postulat des Geschäftsgeheimnisses verletzt wäre; es wären keine stillen Reserven mehr.

514 Vgl. Morger, Prüfungspflicht S. 115 f.

515 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 70.

2.6.4.2.5. Geschäftsführung

Abweichend vom Recht der Aktiengesellschaft wird für die Genossenschaft in Art. 906 Abs. 1 OR auch die Geschäftsführung als Gegenstand der Prüfung der Kontrollstelle genannt. Viele Autoren⁵¹⁶ halten diese vom Aktienrecht abweichende Regelung des Prüfungsumfangs für ein Versehen des Gesetzgebers. Die Hauptargumente, worauf sich diese Überzeugung stützt, sind, daß bei der Aktiengesellschaft die Verwaltung genauso häufig von unerfahrenen Revisoren wahrgenommen wird, wie dies bei der Genossenschaft der Fall ist, und daß in Art. 907 OR die Tätigkeiten der Kontrollstelle nicht wesentlich anders umschrieben würden wie in Art. 728 OR für die Aktiengesellschaft⁵¹⁷.

Der Verfasser ist der Meinung, daß es sich auch hier nicht um einen Irrtum des Gesetzgebers handeln muß.

2.6.4.2.5.1. Unterschiedliche Haftung

Der gewichtigste Grund für eine auch auf die Geschäftsführung ausgedehnte Kontrolle ist nach Meinung des Verfassers die unterschiedliche Haftung. Der Aktionär haftet nur in Höhe seines Aktienkapitals⁵¹⁸, der Ge-

516 Vgl. v. Steiger, Aufgaben S. 65 f., Forstmoser, Grossgenossenschaften S. 200, 228 und 291, sowie Henggeler, Differenzen S. 22 f., 139 mit weiteren Nachweisen. Anderer Auffassung Graner, Stellung S. 9 f., der die Meinung vertritt, daß der Gesetzgeber in Art. 906 Abs. 1 OR für die Genossenschaft die Prüfung der Geschäftsführung ausdrücklich statuierte und deshalb die Kontrollstelle zu einer summarischen und stichprobenweisen Prüfung der zurückliegenden Geschäftsführungstätigkeit berechtigt und verpflichtet sei.

517 Vgl. v. Steiger, Aufgaben S. 65 f.

518 Vgl. Art. 620 Abs. 2 und 1 OR.

nossenschafter hingegen kann mit seinem ganzen Vermögen haften⁵¹⁹ oder ist in der Regel einer beträchtlichen Nachschußpflicht ausgesetzt⁵²⁰. Aufgrund dieser Haftungsunterschiede erscheint es gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber dem Genossenschafter weitergehende Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem Organ einräumen wollte, das durch seine Maßnahmen haftungsauslösende Tatbestände setzen kann. Die Kontrollstelle nimmt stellvertretend für die Genossenschafter die diesen verwehrte Einsicht in die Unterlagen der Geschäftsführung vor, kontrolliert sie also auch als Interessenvertreter⁵²¹ der Genossenschafter.

2.6.4.2.5.2. Verschiedene Zielsetzung

Wie oben⁵²² ausgeführt, erscheint es dem Verfasser durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber bei der Genossenschaft ein stärkeres Zusammenwirken zwischen Kontrolle und Verwaltung etwa im Sinne des alten Aufsichtsrats wollte. Neben dem Verzicht auf Inkompatibilität könnte auch bei den Aufgaben der Kontrolle ein stärkeres Hinübergreifen in den materiellen Bereich der Geschäftsführung gewünscht gewesen sein. Der Grund hierfür könnte einerseits wiederum in den in den Materialien so oft genannten "einfacheren Verhältnissen"⁵²³ der Genossenschaft gegenüber der Aktiengesellschaft liegen, andererseits in dem bereits oben dargelegten⁵²⁴

519 Vgl. Art. 869 Abs. 1 und 2 OR.

520 Vgl. Art. 871 Abs. 1 und 2 OR.

521 Vgl. Weber, Kontrollstelle S. 35, der vom Vertrauensorgan der Aktionäre spricht; vgl. auch oben Ziff. 2.6.4.

522 Vgl. Ziff. 2.6.1.1.1.3.

523 Vgl. oben Ziff. 2.6.1.1.1.2. sowie Henggeler, Differenzen S. 5.

524 Vgl. oben Ziff. 1.1.

Kriterium der Genossenschaft, daß die Geschäftsführung meist von kaufmännisch unerfahrenen Personen wahrgenommen wurde. Einer solchen Geschäftsführung war mit einer laufenden Beratungsprüfung, die bis in die einzelnen Geschäftsführungsvorgänge vordringen konnte und bei der der Revisor auch selbst in Notlagen vorübergehend einzelne Geschäftsführungsaufgaben übernehmen konnte, mehr gedient als mit der sachlich und personell streng abgegrenzten formellen und - eingeengt - materiellen Prüfung des Aktienrechts.

Das von den Verfechtern der oben zitierten Meinung⁵²⁵ vom "unglücklichen Wortlaut" des Art. 906 OR angeführte Gegenargument, die Geschäftsführung sei bei manchen Aktiengesellschaften mit genauso unerfahrenen Personen besetzt und deshalb sei dies kein Grund, die Kontrolle der Genossenschaft umfassender als bei der Aktiengesellschaft zu gestalten, ist nach Meinung des Verfassers nicht stichhaltig, denn einerseits würde eine unzureichende Regelung bei der Aktiengesellschaft den Gesetzgeber nicht verpflichtet haben, auch bei der Genossenschaft diese unzureichende Regelung zu treffen, andererseits ist der Umstand, daß es bei der Aktiengesellschaft gelegentlich vorkam, daß unerfahrene Personen die Geschäftsführung innehatten, nicht vergleichbar mit der Situation der Genossenschaft, bei der eine solche Besetzung der Geschäftsführung die Regel bildete⁵²⁶.

525 Vgl. Ziff. 2.6.4.2.5.

526 Vgl. Ziff. 1.1.

2.6.4.2.5.3. Regelung der Prüfungsaufgaben im Obligationenrecht

Auch die Begründung, der Gesetzgeber habe die Aufgaben der Kontrollstelle in Art. 907 OR nicht wesentlich anders umschrieben als in Art. 728 OR⁵²⁷, erscheint nicht überzeugend.

Wie bereits dargelegt⁵²⁸, liegt gerade in der unterschiedlichen Fassung des jeweiligen ersten Satzes der beiden Artikel ein Argument für die Annahme, daß der Gesetzgeber bei der Genossenschaft eine weitergehende Prüfung wollte.

Der ansonsten - abgesehen von technischen Abweichungen, die jedoch den Prüfungsumfang nicht betreffen - gleiche Wortlaut der Vorschriften verstärkt dieses Argument noch, da der offensichtliche Wille des Gesetzgebers, beiden Artikeln den gleichen Wortlaut zu geben, den Unterschied besonders betont erscheinen läßt. Diesen Unterschied bildet die Einfügung⁵²⁹ des Wortes "insbesondere" beim Prüfungsauftrag der Genossenschaft. Wie oben ausgeführt⁵³⁰ ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber hiermit an die Prüfung der Geschäftsführung gedacht hat. Aber auch wenn er nur eventuelle Regelungen der Statuten berücksichtigen wollte, so genügt diese Formulierung dennoch, um dem Argument, der Gesetzgeber habe Art. 907 und Art. 728 OR gleich gestaltet und deshalb sei der darin genannte Prüfungsumfang als abschließend zu betrachten, die Grundlage zu entziehen, da eine Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes nur bei Vorliegen besonders triftiger Gründe zulässig ist.

527 Vgl. v. Steiger, Aufgaben S. 66.

528 Vgl. oben Ziff. 2.6.1.1.1.4.

529 In Art. 893 des alten Obligationenrechts, der die Tätigkeit der Kontrollstelle umschrieb, fehlte das Wort "insbesondere", vgl. Botschaft 1928 S. 237.

530 Vgl. Ziff. 2.6.1.1.1.4.

2.6.4.2.5.4. Eingeschränkte Geschäftsführungskontrolle
aufgrund der Prüfungsaufgabe des Verwaltungs-
rats

Ein weiteres Argument⁵³¹ gegen die Ausdehnung der Prüfungstätigkeit der Kontrollstelle auf die Geschäftsführung könnte eventuell von den Gründen hergeleitet werden, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, den fakultativen Aufsichtsrat im neuen Obligationenrecht nicht mehr vorzusehen⁵³².

In den Beratungen des Nationalrates wurde der Aufsichtsrat als ein überflüssiges drittes Bein bei der Kontrolle der Genossenschaft dargestellt⁵³³, da diese durch die beiden mit der Kontrolle betrauten Organe, die nicht selbst geschäftsführende Verwaltung und die Kontrollstelle, hinreichend sichergestellt sei.

Da die nicht geschäftsführenden Mitglieder der Verwaltung, wie oben ausgeführt⁵³⁴, die Aufgabe der laufenden Kontrolle der Geschäftsführung, die ehemals dem Aufsichtsrat oblag, übernommen haben, könnte es überflüssig erscheinen, die gleiche Aufgabe nochmals der Kontrollstelle zu übertragen. Man könnte annehmen, es würde dadurch hinsichtlich der Geschäftsführungskontrolle das "Überbein" geschaffen, das der Gesetzgeber gerade verhindern wollte.

531 Ein Argument, das jedoch von den Vertretern der eingeschränkten Kontrolltätigkeit nicht vorgebracht wird.

532 Vgl. oben Ziff. 1.2.2.3.

533 Vgl. das stenographische Bulletin des Nationalrats 1934 S. 341, zitiert nach Morger, Prüfungspflicht S. 25 sowie Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 206 f., die für kleinere Aktiengesellschaften, bei denen der Verwaltungsrat nur mit geschäftsführenden Mitgliedern besetzt ist, die Aufsichtsfunktionen des Verwaltungsrats auf die Generalversammlung verlagert sehen.

534 Vgl. Ziff. 2.4.3.

Dies muß jedoch verneint werden. Wenn auch heute die Zahl der Genossenschaften, bei denen die Verwaltung so klein ist, daß alle Mitglieder geschäftsführende Mitglieder sind, geringer geworden ist, so muß dies, jedenfalls für die Zeit der Gesetzgebung, für viele Genossenschaften angenommen werden.

Eine Kontrolle der Geschäftsführung durch die nicht geschäftsführende Verwaltung konnte also wegen der geringen Zahl der Verwaltungsmitglieder nicht bei allen Genossenschaften sichergestellt werden. Auch die Generalversammlung konnte diese Aufgabe nicht übernehmen, da ihr, auch wenn man bei den kleinen Genossenschaften einen stärkeren Zusammenhalt der Genossenschafter voraussetzen kann⁵³⁵, andere Kontrollaufgaben⁵³⁶ oblagen und ihre Kontrolltätigkeit vom Gesetzgeber eben gerade neben der der Kontrollstelle vorgesehen war.

Wenn der Gesetzgeber eine Kontrolle der Geschäftsführung durch ein weiteres Organ neben der Generalversammlung auch bei kleinen Genossenschaften sicherstellen wollte, erscheint also als Resümee dieser Betrachtung gerade die Übertragung dieser Aufgabe auf die Kontrollstelle sinnvoll.

2.6.4.2.5.5. Umfang der Kontrolle der Geschäftsführung

Wie auch bei der Prüfung der Jahresrechnungen⁵³⁷ kann die Kontrollstelle aus zeitlichen und personellen Gründen immer nur eine gewisse summarische und stichprobenweise Prüfung der Geschäftsführung der Verwaltung

535 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss S. 206 f.

536 Vgl. oben Ziff. 2.2.1.4.

537 Vgl. oben Ziff. 2.6.4.2.2.

vornehmen⁵³⁸. Der Gesetzgeber vertraut auch⁵³⁹ hier auf die Vernunft der Betroffenen, daß sie sich als Kontrollstelle begreifen und trotz des weiten gesetzlichen Rahmens nicht in ungerechtfertigtem Umfang in die Kompetenz der Verwaltung zur Geschäftsführung eingreifen. Die Kontrolle wird sich neben der Prüfung der Vermögenslage auf die in Art. 908 Abs. 3 OR indirekt⁵⁴⁰ umschriebenen Aufgaben der Wahrnehmung allfälliger Mängel der Geschäftsführung oder der Feststellung von Verletzungen gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften beschränken und nur in Ausnahmefällen und bei besonderem Anlaß mit der Prüfung der Zweckmäßigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen beschäftigen, wenn sie bei der Prüfung des Geschäftsergebnisses auf Indizien stößt, die eine solche Geschäftsführungsüberprüfung notwendig erscheinen lassen⁵⁴¹.

538 Vgl. Graner, Stellung S. 9.

539 Auch schon aus der vergleichsweise starken Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Einschränkung der Privatautonomie (vgl. oben Ziff. 1.2.2) muß man auf ein hohes Maß an Vertrauen des Gesetzgebers in die Vernunft der Betroffenen schließen.

540 Vgl. zur indirekten Aufgabenstellung durch Art. 908 Abs. 3 OR Ziff. 2.6.4.3 Fußnote 544.

541 Für eine solche Interpretation des Art. 906 Abs. 1 OR plädiert bei ansonsten abweichender Auffassung auch Morger, Pflichtprüfung S. 89 f., der eine derart eingeschränkte Geschäftsführungskontrolle auch für die Aktiengesellschaft durch analoge Anwendung des Art. 906 Abs. 1 OR empfiehlt und hinsichtlich der Grenze dieser Kontrolle sinngemäß auch der Vernunft der Kontrollstelle vertraut, daß sie sich, wie Graner schreibt, niemals als Lehrmeister und Prophet der Verwaltung, sondern lediglich als bescheidener Ratgeber versteht; vgl. Graner, Stellung S. 9 f.; vgl. auch Berweger, Prüfung S. 29 ff. und 184, der gleichfalls für die Aktiengesellschaft der Meinung ist, daß die Prüfung wegen der innigen Verflochtenheit des Prüfungsobjekts mit der Geschäftsführung letztere tangiert. Für den Fall einer Neuregelung des derzeitigen Aktienrechts plädiert er sogar entschieden für eine Ausdehnung der Prüfung auf die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft, vgl. Berweger, Prüfung S. 186 ff. Forstmoser, Grossge-

2.6.4.3. Meldepflicht

Neben den dargestellten⁵⁴² Kontroll- und Prüfungsaufgaben der Art. 906 Abs. 1, Art. 907 Abs. 1 OR obliegt der Kontrollstelle gemäß Art. 908 Abs. 2 OR die weitere maßgebliche Aufgabe⁵⁴³, die in Ausführung⁵⁴⁴ ihres Prüfungsauftrages wahrgenommenen Mängel bei der Geschäftsführung oder eventuelle Verletzungen gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften dem Organ, das dem Verantwortlichen unmittelbar übergeordnet ist, mitzuteilen. In wichtigen Fällen muß sie sogar daneben die Generalversammlung informieren, die sie zu diesem Zweck gemäß Art. 881 Abs. 1 OR zu jeder Zeit einberufen kann.

Einzelnen Genossenschaftern oder Dritten darf die Kontrollstelle gemäß Art. 909 OR jedoch von ihren Wahrnehmungen keine Mitteilung machen.

nossenschaften S. 291 spricht sich für den Fall einer Neuregelung des Genossenschaftsrechts hingegen gegen eine Ausdehnung der obligatorischen Kontrolle auf eine Überprüfung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung aus.

542 Vgl. oben Ziff. 2.6.4.2.

543 Vgl. Belser, Versicherungsgenossenschaften S. 126.

544 Aus der Formulierung des Gesetzgebers ist zu entnehmen, daß nur in Ausführung der Prüfung festgestellte Mängel oder Rechtsverletzungen gemeldet werden müssen, Art. 908 Abs. 3 OR beinhaltet nicht die Verpflichtung, nach Fehlern zu suchen (so auch Weber, Kontrollstelle S. 27 für die Aktiengesellschaft). Für die Genossenschaft ergibt sich diese Verpflichtung jedoch aus Art. 906 Abs. 1, Art. 907 Abs. 1 OR, für die Art. 908 Abs. 3 OR als Konkretisierung ihrer Aufgabenstellung herangezogen werden kann.

2.6.4.4. Revisionsbericht

Haben die Revisoren ihre Prüfung abgeschlossen, sind sie gemäß Art. 908 Abs. 1 OR verpflichtet, der Generalversammlung einen schriftlichen Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung vorzulegen. Wie bereits ausgeführt⁵⁴⁵, bildet dieser Bericht gemäß Art. 908 Abs. 2 OR die Voraussetzung für die Beschlußfassung der Generalversammlung über die Abnahme der Betriebsrechnung und der Bilanz gemäß Art. 879 Ziff. 3 OR. Eine Beschlußfassung der Generalversammlung ohne vorherige Vorlage des Revisionsberichts wäre nichtig⁵⁴⁶. Über den Inhalt des Berichts sagt das Gesetz nichts aus. Er ergibt sich jedoch aus dem Zweck der Berichterstattung und aus dem Prüfungsauftrag⁵⁴⁷ der Kontrollstelle⁵⁴⁸.

Der Bericht ist Entscheidungsvoraussetzung für die Genossenschafter. Er soll ihnen die Informationen liefern, zu denen sie keinen direkten Zugang haben, da ihnen kein Recht auf Einsicht in Geschäftsbücher und Korrespondenzunterlagen zusteht, derer sie aber bedürfen, um sich von der Richtigkeit der von der Verwaltung zur Beschlußfassung vorgelegten Jahresberichte zu überzeugen. Ein ungenauer Bericht macht also den Wert einer noch so genauen Prüfung teilweise zunichte.

⁵⁴⁵ Vgl. oben Ziff. 2.6.4.

⁵⁴⁶ Vgl. Guhl, Obligationenrecht S. 726.

⁵⁴⁷ Vgl. oben Ziff. 2.6.4.2.

⁵⁴⁸ Die Ermittlung des notwendigen Inhalts dieses Berichts hat häufig zu Meinungsverschiedenheiten geführt, weshalb die für die Aktiengesellschaft im Reformentwurf Art. 27 (vgl. Zwischenbericht Tschopp) vorgesehene genaue Inhaltsbestimmung bei der Reform des Genossenschaftsrechts auch für den Revisionsbericht der Genossenschaft analog getroffen werden sollte.

2.6.4.5. Antrag

Gemäß Art. 908 Abs. 1 OR muß im Revisionsbericht ein Antrag gestellt werden. Welchen Inhalt dieser Antrag haben soll, ist im Gesetz für die Genossenschaft nicht festgelegt. In dem entsprechenden Art. 729 Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft ist hingegen genau bestimmt, daß die Revisoren die Abnahme der Bilanz, mit oder ohne Vorbehalt, oder deren Rückweisung an die Verwaltung zu beantragen haben. Nach Meinung des Verfassers ist aus den Aufgaben der Kontrollstelle der Genossenschaft abzuleiten, daß ihr Antrag mindestens so umfassend sein muß wie der der Kontrollstelle der Aktiengesellschaft. Da ihre Kontrolle sich auch auf die Geschäftsführung der Genossenschaft ausdehnt⁵⁴⁹, sollte der Antrag auch einen Vorschlag gemäß Art. 879 Ziff. 4 OR hinsichtlich der Entlastung der Verwaltung enthalten⁵⁵⁰.

549 Vgl. oben Ziff. 2.6.4.2.5.

550 Dies bedeutet keineswegs, daß die Kontrollstelle sich Aufgaben der Generalversammlung anmaßt. Die Entscheidung fällt vielmehr ausschließlich durch die Abstimmung der Genossenschafter in der Generalversammlung. Die Anträge der Kontrollstelle, die ja neben den Anträgen der Verwaltung gestellt werden, sind vielmehr als die Quintessenz ihrer Prüfungserkenntnisse zu sehen. Sie sollen die Genossenschafter wohl beeinflussen, ihnen die Entscheidung jedoch nicht abnehmen. Der Meinung von Weber, Kontrollstelle S. 33 f., der ein Recht der Kontrollstelle der Aktiengesellschaft auf Gegenvorschläge zu den Vorschlägen der Verwaltung verneint, kann daher nicht gefolgt werden.

2.6.5. Recht zur Einberufung der Generalversammlung

Ein besonderes Recht der Kontrollstelle stellt das Recht auf Einberufung der Generalversammlung gemäß Art. 881 Abs. 1 Satz 1 OR dar, durch welches es ihr möglich wird, ihrer in Art. 908 Abs. 3 (letzte Alternative) OR festgelegten Mitteilungspflicht nachzukommen, ohne erst die nächste turnusmäßige Generalversammlung abwarten zu müssen⁵⁵¹.

2.6.6. Haftung

Im Gegensatz zum Aktienrecht, in dem hinsichtlich der Verantwortlichkeitsklage gegen die Mitglieder der Kontrollstelle⁵⁵² gemäß Art. 754 Abs. 1 OR sowohl die Gesellschaft als auch der einzelne Aktionär und die Gesellschaftsgläubiger aktivlegitimiert sind, ist für die Genossenschaft in Art. 916 OR bestimmt, daß die Mitglieder der Kontrollstelle nur der Genossenschaft gegenüber verantwortlich sind. In Art. 917 Abs. 1 OR, der die Aktivlegitimation der einzelnen Genossenschafter und der Gläubiger regelt, sind die Mitglieder der Kontrollstelle nicht als Haftende aufgeführt, sondern nur die Mitglieder der Verwaltung und die Liquidatoren. Als Begründung für diese eingeschränkte Aktivlegitimation gegenüber den Mitgliedern der Kontroll-

551 Gleicher Meinung auch Hirsch, Contrôle S. 183 f., der hierin die Möglichkeit für die Kontrolleure sieht "pour accomplir correctement leur mission".

552 Vgl. zur Haftung der Mitglieder der Kontrollstelle bei der Aktiengesellschaft Forstmoser, Verantwortlichkeit S. 139 ff.

stelle wurde vom Gesetzgeber⁵⁵³ die oben⁵⁵⁴ bereits ausgeführte geringere Gefahr bei der Genossenschaft gegenüber der spekulativ orientierten Aktiengesellschaft sowie die abschreckende Wirkung der Verantwortlichkeit auf eventuelle Bewerber angeführt⁵⁵⁵.

Die Verantwortlichkeit gemäß Art. 916 OR ist ein Spezialfall der allgemeinen Vertragshaftung gemäß Art. 97 ff. OR und setzt deshalb einen gültigen Vertrag, eine Verletzung dieses Vertrags, einen Schaden, der auf diese Verletzung zurückzuführen ist, und ein Verschulden der mit der Prüfung betrauten Personen voraus⁵⁵⁶. Gemäß Art. 916 OR genügt für das Verschulden bereits Fahrlässigkeit. Diese ist zum Beispiel bereits zu bejahen, wenn der Prüfer das ihm angetragene Amt annimmt, obgleich er wissen muß, daß seine Fähigkeiten hierzu nicht ausreichen⁵⁵⁷.

553 Vgl. Bericht Hoffmann, Bern 1935 S. 120 f. mit weiteren Gründen.

554 Vgl. Ziff. 2.6.1.1.1.2.

555 Capitaine, Particularité S. 114 f. bezeichnet diese Abweichung als Eigenart des Genossenschaftsrechts, während Henggeler, Differenzen S. 155 ff. sich gegen eine erleichterte Verantwortlichkeitsbestimmung bei den Genossenschaften ausspricht, da gerade die Genossenschaft gegenüber der Aktiengesellschaft die Möglichkeit habe, Nichtgenossenschafter in die Kontrollstelle zu wählen und damit über ein so breites personelles Spektrum verfüge, daß die hohe Verantwortlichkeit keine unzumutbare Beschränkung des Personenkreises zur Folge habe.

556 Vgl. Art. 916 OR sowie zur von der Aktivlegimitation abgesehen gleichen Verantwortlichkeit der Prüfer im Aktienrecht Weber, Kontrollstelle S. 36 ff., auf dessen Abhandlung der Voraussetzungen hier verwiesen werden soll.

557 Vgl. hierzu oben Ziff. 2.6.1.1. sowie Weber, Kontrollstelle S. 40 sowie Graner, Stellung S. 13.

2.7. Pflichtprüfung durch den Prüfungsverband (Deutschland)

Die Pflichtprüfung durch den Verband gemäß § 53 GenG und die Pflichtmitgliedschaft bei einem Verband gemäß § 54 GenG stellen eine im Gesellschaftsrecht einmalige Regelung dar, die sich sowohl in der organisatorischen Ausgestaltung als auch im Umfang von anderen Prüfungen, wie etwa der aktienrechtlichen Wirtschaftsprüfung, grundlegend unterscheidet⁵⁵⁸. Historisch entstanden aus dem Bemühen der Genossenschaften, den Einfluß des Staates so gering wie möglich zu halten⁵⁵⁹, bildet die heutige Pflichtprüfung durch die Verbände - über welche freilich der Staat gemäß §§ 63, 63a und §§ 64, 64a GenG die Aufsicht⁵⁶⁰ innehat - eine wesentlich effektivere Selbstkontrolle, als es eine direkte Staatsaufsicht vermöchte.

Die der bereits bestehenden Praxis nachvollzogene gesetzliche Ausgestaltung der Prüfung als umfassende formelle und materielle Betreuungsprüfung⁵⁶¹ und die Setzung von bewehrten Vorschriften, die einerseits die Genossenschaften zur Duldung, andererseits die Verbände zur Durchführung der Prüfung verpflichten, bilden die Voraussetzungen für einen umfassenden Prüfungserfolg⁵⁶².

558 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 53 Anm. 1 sowie Jäger, Organisationssystem S. 87.

559 Vgl. Ziff. 1.2.1.2 sowie v. Caemmerer, Pflichtmitgliedschaft S. 9 und Barth, Mitgliedschaft S. 52.

560 Ob es sich um Aufsicht formaler Natur oder auch materieller Natur handelt, ist strittig, vgl. Bundesjustizministerium Reform Bd. 1 S. 43 sowie Ziff. 2.7.7.

561 Zur Erbringung dieser Prüfungsleistung war das genossenschaftsinterne Kontrollorgan, der Aufsichtsrat, in der Regel nicht imstande, da auch ihm, wie dem Vorstand, meist kaufmännisch unerfahrene Genossenschafter angehörten.

562 Vgl. Henzler, Genossenschaftswesen S. 59.

Wegen dieser außerordentlichen Bedeutung der Verbandsprüfung für die Genossenschaften wird der Prüfungsverband verschiedentlich auch als das vierte Organ der Genossenschaft bezeichnet⁵⁶³.

2.7.1. Pflicht zur Prüfung

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GenG müssen sich Genossenschaften mindestens in jedem zweiten Geschäftsjahr, gemäß Satz 2 Genossenschaften ab einer Bilanzsumme von DM 1 Million in jedem Geschäftsjahr prüfen lassen. Die Prüfung wird gemäß § 55 Abs. 1 GenG durch den Verband durchgeführt, dem die Genossenschaft angehört, sie ist, wie man aus § 63b Abs. 4 GenG entnehmen kann, die wichtigste aus dieser Mitgliedschaft resultierende Aufgabe⁵⁶⁴.

Die Kodifizierung einer Prüfungsverpflichtung der Genossenschaften an sich reicht bereits bis zum Genossenschaftsgesetz von 1889 zurück, die Verpflichtung, einem Verband anzugehören, wurde erst durch die Novelle von 1934 ins Genossenschaftsgesetz aufgenommen⁵⁶⁵.

Trotz der zwingenden Anordnung durch das Gesetz bleibt die Prüfung jedoch privatrechtlicher Natur, wie sie

563 Vgl. Jäger, Organisationssystem S. 88.

564 Rechtliche Grundlage der Prüfungstätigkeit des Verbandes ist deshalb die Mitgliedschaft und nicht ein zwischen Genossenschaft und Verband abgeschlossener Werkvertrag, wie etwa zwischen Aktiengesellschaft und Wirtschaftsprüfer, vgl. hierzu Lembke, Bemerkungen S. 181; anderer Auffassung Paulick, Recht S. 311.

565 Vgl. Ziff. 1.2.1.2 und 1.2.1.4.

dies schon vor Einführung der gesetzlichen Verpflichtung war⁵⁶⁶. Die Prüfungsaufgabe ist keine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Staates, sondern von jeher⁵⁶⁷ eigene, privatrechtliche Aufgabe der Verbände. Der Verband übt deshalb keine öffentlich-rechtlichen Funktionen aus und ist nicht beliehener Unternehmer⁵⁶⁸.

2.7.2. Pflicht zur Mitgliedschaft

Die Pflicht zur Mitgliedschaft bei einem Prüfungsverband gemäß § 54 GenG wurde durch die Novelle von 1934 statuiert, als Reaktion auf die aus der vorherigen, liberalen Regelung entstandenen Mißstände⁵⁶⁹. Sie stellt jedoch kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis dar, sondern ein Rechtsgeschäft⁵⁷⁰ zwischen Genossenschaft und Prüfungsverband. Zum Abschluß dieses Rechts-

566 Vgl. Ziff. 1.2.1.2.

567 Vgl. Barth, Mitgliedschaft S. 5 ff. zur historischen Entwicklung der Verbandszwecke.

568 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 169 sowie Riebandt-Korfmacher, Pflichtmitgliedschaft S. 34 ff., die die Aufgabenstellung mit der des Wirtschaftsprüfers gegenüber der Aktiengesellschaft vergleichen, welche nach h.M. gleichfalls privatrechtlicher Natur ist, obgleich sowohl die Prüfung gesetzlich angeordnet als auch das Prüfungsrecht durch öffentlich-rechtliche Bestellung verliehen wird. Dieser Vergleich erscheint allerdings nicht befriedigend, da der Wirtschaftsprüfer keiner Staatsaufsicht unterworfen ist wie der Prüfungsverband in § 64 GenG.

569 Vgl. zu den Gründen dieser Neuregelung Ziff. 1.2.1.3.

570 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 170. Auch wenn gem. § 54 Abs. 2 GenG der Erwerb der Mitgliedschaft einer Genossenschaft bei einem Verband angeordnet wird, was einen Verwaltungsakt darstellt, findet dieser Erwerb durch ein Rechtsgeschäft zwischen Genossenschaft und Verband statt (zur Zuständigkeit der Länderressortminister für diese Anordnung vgl. Müller, Kommentar § 54 Rdn. 52).

geschäfts ist die Genossenschaft jedoch durch das Gesetz verpflichtet. Gemäß diesem privatrechtlichen Verhältnis ist die Genossenschaft andererseits berechtigt, jederzeit wieder aus dem Verband auszutreten; dies sogar, wenn ihr Beitritt gemäß § 54 Abs. 2 GenG angeordnet worden war⁵⁷¹. Folge dieser privatrechtlichen Beziehung zwischen Prüfungsverband und Genossenschaft ist allerdings das dementsprechende Fehlen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs der Genossenschaft auf Aufnahme in einen Prüfungsverband; die einzelne aufnahmesuchende Genossenschaft kann gegenüber dem Verband nur einen privatrechtlichen Anspruch auf Aufnahme geltend machen⁵⁷².

Andererseits ist der Prüfungsverband aufgrund der hoheitlichen Verleihung des Prüfungsrechts durch die oberste Landesbehörde gemäß § 63 GenG gegenüber der verleihenden Behörde öffentlich-rechtlich verpflichtet, eine Aufnahme der antragstellenden Genossenschaft nicht willkürlich, sondern nur bei Vorliegen sachlicher Gründe abzulehnen. Dem entspricht auch die in § 64 GenG statuierte Möglichkeit der Aufsichtsbehörde, dem Verband die Aufnahme der Genossenschaft zur Auflage zu machen. Die Genossenschaft kann bei der Aufsichtsbehörde einen

571 Vgl. Müller, Kommentar § 54 Rdn. 4. Allerdings ist dieses Recht, auszutreten und bei einem anderen Prüfungsverband Aufnahme zu beantragen, mehr theoretischer Natur, da infolge der regionalen und sachlichen Gliederung in der Regel für eine Genossenschaft nur der eine zuständige Prüfungsverband in Frage kommt, vgl. v. Caemmerer, Pflichtmitgliedschaft S. 12 f.

572 Vgl. BGH, NJW 1962 S. 1508 sowie die ausführliche Darstellung dieses Problems bei Barth, Mitgliedschaft S. 74 ff. Dieser Anspruch auf Aufnahme richtet sich nach den Rechtsgrundsätzen, die allgemein für die Begründetheit eines Anspruchs auf Aufnahme in einen privatrechtlichen Verein gelten.

entsprechenden Antrag stellen⁵⁷³, die Aufnahme bleibt jedoch eine Entscheidung des Prüfungsverbandes.

Durch §§ 11 Abs. 2 Satz 4⁵⁷⁴ und 54 GenG ist weitgehend sichergestellt, daß jede Genossenschaft einem Prüfungsverband angehört, eine Prüfungslücke kann sich allerdings auch heute noch ergeben, wenn eine Genossenschaft gemäß § 54a GenG aus ihrem bisherigen Verband ausscheidet, um die Mitgliedschaft in einem anderen Verband zu erwerben. Innerhalb der gemäß § 54a GenG vom Registergericht⁵⁷⁵ festgesetzten Frist ist es legitim, daß die Genossenschaft keinem Verband angehört. Nach Ablauf dieser Frist hat das Registergericht gemäß § 54a Abs. 2 GenG die Auflösung der Genossenschaft auszusprechen⁵⁷⁶, falls die Genossenschaft nicht ihre Verbandszugehörigkeit nachgewiesen hat.

2.7.2.1. Sonstige Mitgliedschaften

Neben den gemäß §§ 54 i.V.m. 55 Abs. 1 Satz 1 GenG kraft zwingenden Rechts dem Prüfungsverband angehörnden, zu prüfenden Genossenschaften können auch andere eingetragene Genossenschaften, die dem Prüfungsrecht eines anderen Prüfungsverbandes unterliegen, Mitglieder

573 Vgl. Müller, Kommentar § 54 Rdn. 8. Dies wird sie allerdings in der Praxis meist erst tun, wenn die in der Satzung des Prüfungsverbands vorgesehenen Rechtsbehelfe, wie z.B. Berufung oder Beschwerde an den Verbandstag (Mitgliederversammlung) (vgl. hierzu Paulick, Gedanken S. 93), zu keinem Erfolg führten; eine Verpflichtung zur Einhaltung dieser Reihenfolge besteht jedoch nicht, vgl. v. Caemmerer, Pflichtmitgliedschaft S. 19.

574 Vgl. zu § 11 Abs. 2 Satz 4 GenG Ziff. 2.1.2.4.

575 Vgl. § 10 GenG.

576 Vor dem Auflösungsbeschuß muß das Gericht gem. § 54a Abs. 2 GenG den Vorstand der Genossenschaft anhören.

werden. Aus regionalen oder sachlichen Gründen kann eine solche Zugehörigkeit zu mehreren Prüfungsverbänden geboten erscheinen⁵⁷⁷.

Obgleich dies in § 63b Abs. 2 GenG nicht ausdrücklich erwähnt ist, können außer den eingetragenen Genossenschaften auch nicht eingetragene Genossenschaften⁵⁷⁸ einem Prüfungsverband angehören, da auch sie genossenschaftlichen Regeln⁵⁷⁹ unterliegen und deshalb ihre Betreuung durch die Prüfungsverbände im Interesse der Öffentlichkeit liegt.

Außer den Genossenschaften können gemäß § 63b Abs. 2 GenG auch Unternehmungen, die sich in der Hand eingetragener Genossenschaften befinden, oder solche, die dem Genossenschaftswesen dienen, die Mitgliedschaft erwerben. Der Begriff "Unternehmung" ist hier nicht technisch zu verstehen und umfaßt alle Formen von Vereinigungen⁵⁸⁰.

577 Vgl. das bei Müller, Kommentar § 63b Rdn. 3 genannte Beispiel, daß eine Zentralgenossenschaft in mehrere Prüfungsverbände eintritt.

578 Vgl. zu der nicht eingetragenen Genossenschaft Ziff. 2.1.2.1.

579 Gem. § 13 GenG stehen ihr aber die im Genossenschaftsgesetz für die eingetragene Genossenschaft statuierten Rechte nicht zu.

580 Vgl. Müller, Kommentar § 63b Rdn. 4 und 5, der bezüglich des zweiten vom Gesetzgeber genannten Typus von Unternehmungen ("die dem Genossenschaftswesen dienen") das Gesetz dahingehend interpretiert, daß danach auch natürliche Personen zur Mitgliedschaft zugelassen seien.

Daneben kann die zuständige Aufsichtsbehörde gemäß § 63b Abs. 2 Satz 3 GenG Ausnahmen von dieser Begrenzung der Mitgliedschaft zulassen und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, jeder - natürlichen und juristischen - Person den Erwerb der Mitgliedschaft gestatten.

2.7.3. Prüfungsverband

Die Prüfungsverbände gliedern sich in der Praxis nach Regionen und Sachgebieten⁵⁸¹. Sie sind selbst wiederum in Spitzenverbänden⁵⁸² zusammengeschlossen⁵⁸³, wozu allerdings keine rechtliche Verpflichtung besteht⁵⁸⁴, obgleich das Gesetz z.B. in §§ 54a Abs. 1 und 62 Abs. 3 GenG von der Zugehörigkeit der Prüfungsverbände zu Spitzenverbänden ausgeht.

581 Vgl. zur regionalen und fachlichen Gliederung Jäger, Organisationssystem S. 81 f.

582 Früher gegliedert nach den vier Sparten des Genossenschaftswesens, sind heute die Sparten gewerblich und ländlich vereinigt.

- Gewerblich/ländlich (drei Bundesfachverbände und ein Dachverband): Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V., Bonn; Zentralverband der genossenschaftlichen Großhandels- und Dienstleistungsunternehmen e.V., Bonn; Bundesverband der Raiffeisenwarengenossenschaften e.V., Bonn; Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V. (Dachverband), Bonn.

- Konsum: Deutsche Konsumgenossenschaften e.V., Hamburg.

- Bau: Gesamtverband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen e.V., Köln.

Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 54a Anm. 2.

583 Vgl. zur dreistufigen Gliederung in Primärgenossenschaften, Regionalverbände und Spitzenverbände Jäger, Organisationssystem S. 84 ff.

584 Eine solche Verpflichtung wurde im Laufe der Reformdiskussion 1954 bis 1963 (vgl. hierzu Ziff. 1.2.1.5.) verschiedentlich vorgeschlagen, um die Aufsichtsbefugnisse des Staates gering halten zu können, vgl. Paulick, Gedanken S. 47 Fußnote 6 und S. 81 Fußnote 16.

2.7.3.1. Zweck des Prüfungsverbandes

Gemäß § 63b Abs. 4 GenG ist zwingende Aufgabe des Prüfungsverbandes die Prüfung der angeschlossenen Genossenschaften⁵⁸⁵. Daneben kann der Verband noch die Förderung seiner Mitglieder durch Beratung und Betreuung zum Zweck haben⁵⁸⁶. Die Geschäftsführung der angeschlossenen Genossenschaften darf jedoch im Zuge dieser Betreuung nicht ganz oder teilweise auf den Verband übergehen, da dies zu einem Interessenkonflikt mit seiner Prüfungsaufgabe führen würde⁵⁸⁷.

2.7.3.2. Rechtsform

Obwohl in § 54 GenG eine gesetzliche Pflicht der Genossenschaften statuiert ist, dem Prüfungsverband beizutreten, und obwohl das Prüfungsrecht des Verbandes eine öffentlich-rechtliche Verleihung voraussetzt,

585 Vereinsrechtlich kann die Prüfungspflicht, da sie Hauptzweck des Vereins ist, nicht durch Satzung oder Mitgliederversammlungsbeschluss eingeschränkt oder aufgehoben werden.

586 Diese Reihenfolge und Gewichtung widerspricht an sich der historischen Entwicklung, bei der die Verbände ursprünglich nur die Aufgabe der Beratung und Betreuung wahrnahmen; die Prüfungsaufgabe kam erst später hinzu, vgl. Lang, Staatsaufsicht S. 218 f. Dennoch ist bei Betrachtung der Rechtslage nach dem heutigen Genossenschaftsgesetz diese Gewichtung richtig, da die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Prüfung gem. § 63b Abs. 4 GenG gegenüber den freiwilligen privatrechtlichen Aufgaben in den Vordergrund tritt. Dies sagt jedoch nichts über die tatsächliche Bedeutung der einen oder anderen Aufgabe für das Genossenschaftsleben der Praxis aus. Da beide Aufgaben hier ineinander fließen, erscheint eine zu scharfe Abgrenzung auch wirklichkeitsfremd, vgl. in diesem Sinne auch Lang, Staatsaufsicht S. 220.

587 Vgl. Barth, Mitgliedschaft S. 12.

bleibt die Prüfung privatrechtliche Aufgabe⁵⁸⁸. Der Prüfungsverband ist daher keine öffentlich-rechtliche Institution, sondern er ist eine juristische Person des Privatrechts, in der Regel, wie in § 63b Abs. 1 GenG vorgesehen, ein eingetragener Verein⁵⁸⁹, dessen Mitglieder Genossenschaften oder dem Genossenschaftswesen zuzuordnende Unternehmen⁵⁹⁰ sind, und dessen Zweck die Prüfung der angeschlossenen Genossenschaften sein muß, wozu er aufgrund staatlicher Verleihung berechtigt ist⁵⁹¹.

Aufgrund dieser Vereinsstruktur haben die Prüfungsverbände in der Regel drei Organe, die Mitgliederversammlung, den Vorstand und den Verbandsbeirat⁵⁹². Im Genossenschaftsgesetz werden zu den Organen des Prüfungsverbandes nur zur Besetzung des Vorstandes (§ 63b GenG) und zur Inkompatibilität (§ 56 Abs. 2 GenG) Regelungen getroffen. Im übrigen bleibt die Ausgestaltung der Prüfungsverbände gemäß dem herrschenden Grundsatz der Verbandsautonomie der Satzung überlassen.

588 Vgl. hierzu Ziff. 2.7.1.

589 § 63b Abs. 1 GenG ist allerdings keine zwingende Vorschrift. Soweit dies sachlich geboten ist, kann der Prüfungsverband auch eine andere Rechtsform haben; sie muß jedoch auch die Qualität einer juristischen Person haben, vgl. Müller, Kommentar § 63b Rdn. 2. In praxi sind alle Prüfungsverbände eingetragene Vereine gem. §§ 21 ff., 55 ff. BGB. Vgl. auch Barth, Mitgliedschaft S. 3 f. zu den Gründen, die gegen die Verwendung anderer Formen von Vereinigungen sprechen.

590 Vgl. Ziff. 2.7.2.1.

591 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 158.

592 Vgl. Flender, Rechtsstellung S. 90 ff.

2.7.3.3. Mitgliederversammlung

Die Mitgliederversammlung ist das oberste Organ⁵⁹³ des Prüfungsverbandes. Sie kann alle Gegenstände an sich ziehen, soweit diese nicht durch Gesetz oder Satzung einem anderen Organ zugewiesen sind.

§ 63c Abs. 2 GenG enthält die Sollvorschrift, daß die Satzung des Prüfungsverbandes unter anderem Bestimmungen über Art und Umfang der Prüfung enthalten soll. In der Praxis wird in der Satzung häufig die Mitgliederversammlung ermächtigt, über Prüfungsdienstordnung und -richtlinien Beschluß zu fassen⁵⁹⁴.

In die Durchführung des einzelnen Prüfungsfalles darf die Mitgliederversammlung jedoch nicht eingreifen, da - im Gegensatz zum Wirtschaftsprüfungsunternehmen des Aktienrechts, welches keine personelle Verbindung zu der zu prüfenden Aktiengesellschaft hat - zwischen Mitgliederversammlung und den zu prüfenden angeschlossenen Genossenschaften Personengleichheit besteht, die Unabhängigkeit der Prüfer also nicht mehr garantiert wäre.

Wie die Mitgliederversammlung der Genossenschaft beschließt auch die des Prüfungsverbandes über die Entlastung des Vorstandes. Damit sie sich ein Bild über die Erfüllung der Prüfungsaufgabe machen kann, muß dieser einen Geschäftsbericht erstatten. Bei der Beschlußfassung können einzelnen Genossenschaften entsprechend ihrer wirtschaftlichen Bedeutung Mehrstimmrechte durch die Satzung eingeräumt werden⁵⁹⁵.

593 Vgl. § 32 BGB.

594 Vgl. Flender, Rechtsstellung S. 90.

595 Eine aus der wirtschaftlichen Praxis heraus verständliche Regelung, die jedoch an sich dem Gedanken des Idealvereins widerspricht, vgl. Flender, Rechtsstellung S. 92.

2.7.3.4. Vorstand

Gemäß § 63b Abs. 5 GenG soll dem Vorstand des Prüfungsverbandes mindestens ein Wirtschaftsprüfer angehören, ist dies nicht der Fall, so muß der Verband einen Wirtschaftsprüfer als seinen besonderen Vertreter gemäß § 30 BGB bestellen⁵⁹⁶. Durch dieses in der Novelle vom 9.10.1973⁵⁹⁷ neu formulierte und erstmals in Kraft gesetzte Erfordernis des qualifizierten Vorstandes wurde der heute erhöhten wirtschaftlichen Komplexität Rechnung getragen und letztlich eine weitere Qualitätsverbesserung der Prüfung erreicht.

Hauptaufgabe des Vorstandes ist die Erfüllung der Prüfungsaufgabe. Hierbei hat er z.B. die Prüfer auszuwählen und zu überwachen sowie das auf der Grundlage ihrer Feststellungen erarbeitete Prüfungsurteil abzugeben, da der Verband und nicht der Prüfer Träger der Prüfung ist. Dem grundsätzlich möglichen Interessenkonflikt, eventuell eigene Maßnahmen prüfen zu müssen, wurde erst durch die Neufassung des § 56 Abs. 2 GenG⁵⁹⁸ Rechnung getragen. Im neuen § 56 Abs. 2 GenG wird bestimmt, daß das Prüfungsrecht des Verbandes ruht, wenn ein Mitglied seines Vorstandes oder ein besonderer Vertreter des Verbandes gemäß § 30 BGB als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied, Liquidator oder Angestellter der zu prüfenden Genossenschaft tätig ist oder - hierin liegt die entscheidende Neuregelung - im Jahr, auf das

596 Gem. § 63b Abs. 5 Satz 3 und 4 GenG kann allerdings die oberste Landesbehörde (gem. § 63 GenG die zuständige Verleihungsbehörde für das Prüfungsrecht) vorübergehende und, wenn der Geschäftsbetrieb der Mitglieder des Prüfungsverbandes eine Prüfung durch Wirtschaftsprüfer nicht erfordert, auch länger andauernde Befreiung von diesem Erfordernis gewähren.

597 Vgl. Ziff. 1.2.1.6.

598 Durch die Novelle vom 9.10.1973, vgl. Ziff. 1.2.1.6. Vgl. ferner Ziff. 2.7.3.6.2. zu der in § 56 Abs. 1 GenG geregelten Inkompatibilität des Prüfers.

sich die Prüfung bezieht oder in den vorangegangenen beiden Geschäftsjahren tätig gewesen ist. In diesem Fall ist der Prüfungsverband verpflichtet, einen vom Spitzenverband bestimmten Prüfer mit der Durchführung der Prüfung zu beauftragen.

Die Berechtigung des Prüfungsverbandes, die Genossenschaft zu beraten und zu betreuen, wird durch das Ruhen des Prüfungsrechts nicht berührt, wodurch trotz der Inkompatibilitätsregelung die Kontinuität der Beratung und Betreuung durch den sachlich am besten informierten und mit der Genossenschaft vertrauten Prüfungsverband gewahrt bleibt⁵⁹⁹.

2.7.3.5. Verbandsbeirat

Der Verbandsbeirat⁶⁰⁰ hat überwachende und beratende Funktion gegenüber dem Vorstand, er ist sozusagen das dem Aufsichtsrat entsprechende Organ des Prüfungsverbandes.

Seine Aufgaben sind häufig die Bestellung der Vorstandsmitglieder, die Prüfung des Jahresabschlusses des Prüfungsverbandes sowie die Festsetzung der Prüfungsentgelte und Verbandsbeiträge⁶⁰¹.

In der Satzung kann weiter die Beschlußfassung der Mitgliederversammlung über Prüfungsrichtlinien und

599 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 56 Anm. 3.

600 In der Praxis auch als Beirat, Ausschuß oder Verwaltungsrat bezeichnet.

601 Vgl. Flender, Rechtsstellung S. 95; der dort verwendete Begriff "Prüfungsgebühren" läßt leicht den falschen Schluß zu, es handle sich um öffentlich-rechtliche Gebühren, nicht um Entgelte eines Mitglieds gegenüber dem privatrechtlichen Verein, vgl. i.d.S. Westermann, Staatsaufsicht S. 170 f., der gleichfalls bewußt von Entgelt spricht.

-dienstordnung von der Zustimmung des Verbandsbeirats abhängig gemacht werden.

2.7.3.6. Prüfer

Die Prüfer stehen gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 GenG in einem festen Anstellungsverhältnis zum Prüfungsverband, der alleiniger Träger der Prüfung ist und deshalb für seine Prüfer wie für Erfüllungsgehilfen haftet⁶⁰².

2.7.3.6.1. Qualifikation

Die Prüfer sollen im genossenschaftlichen Prüfungswesen ausreichend vorgebildet und erfahren sein. Dies bedeutet jedoch, wie sich aus § 63b Abs. 5 GenG ergibt, nicht, daß die Prüfer Wirtschaftsprüfer sein müssen, vielmehr genügt es, in Analogie zu §§ 8 und 9 der Wirtschaftsprüferverordnung vom 24.7.1961⁶⁰³ die dort geforderten Qualifikationen zu erfüllen⁶⁰⁴. Hiernach setzt die Zulassung als Prüfer ein Hochschulstudium und eine mindestens sechsjährige näher qualifizierte wirtschaftliche Tätigkeit voraus bzw., falls kein Hochschulstudium nachgewiesen wird, eine zehnjährige Tätigkeit im Prüfungswesen.

In § 55 Abs. 2 GenG ist jedoch vorgesehen, daß sich der Prüfungsverband, wenn nach seinem Ermessen ein wichtiger Grund hierfür vorliegt - so z.B. mangelndes Fachwissen seiner angestellten Prüfer -, eines nicht von ihm angestellten öffentlich bestellten genossenschaftlichen Wirtschaftsprüfers oder einer entsprechen-

602 Vgl. § 278 BGB.

603 BGBI. I S. 1049.

604 Vgl. Müller, Kommentar § 55 Rdn. 6.

den Prüfungsgesellschaft bedienen kann. Diese Vorschrift ist jedoch gemäß Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über das Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 30.10.1934 vom 4.12.1934⁶⁰⁵ noch nicht in Kraft getreten. Als Übergangsregelung wird in Art. 1 Abs. 2 dieser Verordnung bestimmt, daß sich der Prüfungsverband, wenn nach seinem Ermessen ein wichtiger Grund vorliegt, eines nicht von ihm angestellten, vom Spitzenverband bestimmten Prüfers oder einer entsprechenden Prüfungsgesellschaft bedienen kann.

2.7.3.6.2. Inkompatibilität

Um einen Interessenkonflikt zu vermeiden, bestimmt § 56 Abs. 1 GenG, daß Mitglieder und Angestellte der zu prüfenden Genossenschaft die Prüfung nicht vornehmen dürfen. Dieses Tätigkeitsverbot gilt jedoch nur für die Zeit der Mitgliedschaft oder des Angestelltenverhältnisses, fällt dieses fort, so kann die betreffende Person sofort bei der Prüfung mitwirken.

Kriterium dieser Regelung ist also, die durch Mitgliedschafts- oder Abhängigkeitsverhältnis bedingte Unfreiheit bei der Prüfung zu vermeiden.

⁶⁰⁵ RGB1. I S. 1227.

2.7.4. Verleihung des Prüfungsrechts

Das Prüfungsrecht wird gemäß § 63 GenG von der obersten Landesbehörde⁶⁰⁶ verliehen, in deren Gebiet der Verband seinen Sitz hat. Die Behörde darf gemäß § 63a GenG das Prüfungsrecht nur verleihen, wenn der Verband die Gewähr für die Erfüllung der von ihm zu übernehmenden Aufgaben, d.h. für die Prüfung und Betreuung der Mitgliedsgenossenschaften bietet und wenn für seine Tätigkeit ein Bedürfnis besteht.

2.7.5. Prüfung

Vorab ist zu sagen, daß die Prüfung gemäß § 53 GenG keine lückenlose Prüfung bedeutet, sondern daß auch diese Prüfung nach allgemein anerkanntem Grundsatz⁶⁰⁷ eine Prüfung in Stichproben ist. Nur bei konkreten Anhaltspunkten ist eine intensivere Prüfung notwendig.

2.7.5.1. Zeitpunkt

Genossenschaften sind gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GenG mindestens in jedem zweiten Geschäftsjahr zu prüfen. In jedem Geschäftsjahr müssen sich gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GenG diejenigen Genossenschaften prüfen lassen, deren Bilanzsumme unter Einschluß der im Gesetz genannten Verbindlichkeiten DM 1 Million erreicht.

Durch diese Fristregelung werden nur die Höchstabstände geregelt, die sich zwischen den einzelnen Prü-

606 Die oberste Landesbehörde anstelle des im Gesetz noch verschiedentlich genannten Reichsministers der Justiz, vgl. hierzu Müller, Kommentar § 63 b Rnd. 1 und 4.

607 Vgl. Schmidt, Besonderheiten S. 32.

fungsterminen ergeben dürfen. Sie bedeutet nicht eine Regelung des Prüfungsgegenstands, also nicht, daß bei Genossenschaften, die 1 Million Bilanzsumme nicht erreichen, nur jedes zweite Geschäftsjahr zu prüfen sei⁶⁰⁸. Eine derartige Interpretation würde dem Gebot der Prüfungskontinuität⁶⁰⁹ widersprechen, welches sich aus dem Prüfungsziel, die Genossenschaft in ihrer laufenden Geschäftstätigkeit zu erfassen, ergibt.

Die Prüfungsverbände können deshalb in der Satzung auch kürzere Zeitabstände zwischen den Prüfungen vorsehen⁶¹⁰. Dies bedeutet jedoch nur eine vereinsrechtliche Verpflichtung zwischen Genossenschaft und Prüfungsverband; ihre Nichteinhaltung bedeutet keine Verletzung des Genossenschaftsgesetzes und kann deshalb nur Schritte gemäß den allgemeinen Vorschriften des BGB nach sich ziehen⁶¹¹.

Nach herrschender Meinung⁶¹² ist die Fristenregelung des Gesetzes so zu verstehen, daß es genügt, wenn die Frist zwischen Abschluß der letzten Prüfung und Beginn der neuen Prüfung eingehalten ist. Die Frist kann sich bei dieser Berechnung um den gesamten Zeitraum der Prüfungsdurchführung verlängern.

Neben diesen Pflichtprüfungen gemäß § 53 GenG gibt es noch die außerordentlichen Prüfungen, die im Genossenschaftsgesetz keine Regelung erfahren, jedoch in § 57 Abs. 1 Satz 2 GenG erwähnt werden. Diese Prüfungsmöglichkeit muß in der Satzung des Prüfungsverbands vor-

608 Die Satzung des Prüfungsverbandes kann Prüfungen in kürzeren Zeitabständen vorsehen; diese sind dann gleichfalls ordentliche Prüfungen gem. § 53 GenG und nicht außerordentliche gem. § 57 Abs. 1 Satz 2 GenG, vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 53 Anm. 1.

609 Vgl. Stupka, Objekte S. 71.

610 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 53 Anm. 1.

611 Vgl. Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 53 Anm. 1.

612 Vgl. Müller, Kommentar § 53 Rdn. 30 und 33.

gesehen sein, sie ist eine freiwillige Aufgabe des Verbandes. Die Vornahme liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen⁶¹³. Aus § 57 Abs. 1 Satz 2 GenG kann hergeleitet werden, daß sich die Genossenschaft einer solchen außerordentlichen Prüfung unterwerfen muß, da dort der Vorstand der Genossenschaft zur gleichen Offenlegung verpflichtet wird wie bei der Pflichtprüfung. Die Durchführung einer außerordentlichen Prüfung ist in der Praxis denkbar, um Ergebnisse der Pflichtprüfung zu vertiefen oder dem Verdacht einer strafbaren Handlung mit wirtschaftlichen Folgen nachzugehen.

2.7.5.2. Prüfungszweck

In § 53 Abs. 1 GenG ist als Prüfungszweck die Feststellung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung genannt.

Die Prüfung der Genossenschaft ist keine bloße Jahresabschlußprüfung⁶¹⁴, sondern sie hat sich aufgrund der Beratungsfunktion des Prüfungsverbandes zu einer umfassenden Betreuungsprüfung entwickelt, die sowohl den Zweck der Revision als auch den der Beratung hat⁶¹⁵. Diese Funktion der Prüfung als Wirtschaftlichkeitsprüfung⁶¹⁶ kommt im Gesetzestext der §§ 53 Abs. 1 und 63b Abs. 4 GenG nicht klar zum Ausdruck,

613 Vgl. Flender, Rechtsstellung S. 100.

614 Wie z.B. die Prüfung der Aktiengesellschaft, die eine reine Ordnungsmäßigkeits- und Beglaubigungsprüfung darstellt.

615 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 83, Henzler, Genossenschaftswesen S. 60, denselben Prüfungsverbände S. 10 sowie Barth, Mitgliedschaft S. 13 ff. und 94.

616 Vgl. v. Caemmerer, Pflichtmitgliedschaft S. 9 f.

sie muß vielmehr aus der historischen Entwicklung der Verbandstätigkeit hergeleitet werden, da der Gesetzgeber bei Setzung dieser Rechtsnormen von der bestehenden umfassenden Tätigkeit der Verbände durch Prüfung, Beratung und Betreuung⁶¹⁷ ausging, sein Regelungsinteresse sich jedoch auf die Prüfung beschränkte⁶¹⁸; aus der Nichterwähnung der Betreuungsaufgaben ist jedoch nicht auf eine Verneinung dieser Aufgaben zu schließen.

Als Besonderheit bei der Prüfung der Genossenschaften ist hervorzuheben, daß die aus der Prüfung von Jahresrechnungen und Vermögenslage ermittelten Zahlen noch kein Bild vom Erfolg oder Mißerfolg der Genossenschaft geben, wie dies etwa bei der Aktiengesellschaft aus dem Verhältnis von Gewinn/Umsatz/Kapitaleinsatz erkennbar ist. Bei der Genossenschaft wäre der Erfolg nur meßbar, wenn man alle Unternehmen der Mitglieder einbeziehen würde, was jedoch praktisch unmöglich ist. Wegen dieser Besonderheit muß man bei der Beurteilung der Geschäftstätigkeit der Genossenschaft wenigstens die Entwicklung der Beziehung zu ihren Mitgliedern berücksichtigen⁶¹⁹. Der Vergleich mit anderen Genossenschaften ist hier dienlich und vom Gesetzgeber in § 62 Abs. 3 GenG ausdrücklich gestattet.

617 Vgl. zum Interdependenzverhältnis dieser Funktionen des Verbandes Jäger, Organisationssystem S. 87 ff.

618 Vgl. Barth, Mitgliedschaft S. 14, Müller, Kommentar § 53 Rdn. 2 und 3.

619 Vgl. hierzu Schmidt, Besonderheiten S. 33 f. mit praktischen Beispielen wie z.B. Mitgliederwechsel, Inanspruchnahme oder Preisvergleiche.

2.7.5.3. Prüfungsgegenstand

Als Prüfungsgegenstände sind in § 53 Abs. 1 GenG die Einrichtungen, die Vermögenslage und die Geschäftsführung der Genossenschaft aufgeführt.

Der Jahresabschluß und der Geschäftsbericht sind nicht genannt, jedoch ist deren Prüfung Voraussetzung für die der Vermögenslage und der Geschäftsführung⁶²⁰. Jahresabschluß und Geschäftsbericht können also unabhängig von der Prüfung verabschiedet werden. Der in dieser Regelung liegende Nachteil, daß eventuelle Mängel im Jahresabschluß erst nachträglich festgestellt werden, wurde in Kauf genommen, um eine Zusammenballung der Prüfungsarbeiten und eine Verzögerung der Bilanzvorlage zu vermeiden. Allerdings wiegt dieser Nachteil nicht so schwer, da der Verband bei der Erstellung der Jahresabschlußrechnung durch Beratung und Betreuung Hilfe leistet⁶²¹.

Bei Genossenschaften spezieller Tätigkeitsbereiche können jedoch gemäß § 53 Abs. 2 GenG auch eine Prüfung des Jahresabschlusses vor Vorlage bei der Generalversammlung angeordnet und diesbezügliche Vorschriften erlassen werden. Derartige Regelungen wurden in § 27 KWG³²² für Kreditgenossenschaften³²³ und in § 26 WGG³²⁴ für Wohnungsbaugenossenschaften aufgestellt.

620 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 90 f. sowie Schmidt, Prüfung S. 33, denselben, Besonderheiten S. 22 und 29.

621 Vgl. Schmidt, Besonderheiten S. 29.

622 Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961 (BGBl. I S. 881).

623 Vgl. zum Prüfungsgegenstand bei der Prüfung von Kreditgenossenschaften Müller, Kommentar § 53 Rdn.34-44.

624 Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz) vom 29.2.1940 (RGBl. I S. 438) in der Fassung vom 27.6.1956 (BGBl. I S. 523).

2.7.5.3.1. Einrichtungen

Unter den Einrichtungen des Genossenschaftsbetriebes sind alle betriebs-, organisations- und verwaltungstechnischen Einrichtungen zu verstehen⁶²⁵. Man kann hierunter auch bereits die gesamte Organisation einschließlich der laut Statut vorgeschriebenen Organe subsumieren⁶²⁶ oder diese Organe dem Bereich der Geschäftsführung im weiteren Sinne⁶²⁷ zurechnen; jedenfalls unterliegen sie der Prüfung. Die Einrichtungen sind einerseits auf ihren Erhaltungszustand, andererseits aber auch auf ihre grundsätzliche Zweckmäßigkeit für die Erreichung des genossenschaftlichen Förderungszieles zu untersuchen⁶²⁸. Auch ist zu prüfen, ob zur Erreichung dieses Förderungsziels notwendige Einrichtungen eventuell überhaupt fehlen.

2.7.5.3.2. Jahresabschluß, Geschäftsbericht, Buchführung

Jahresabschluß, Geschäftsbericht und Buchführung sind auf ihre Übereinstimmung mit §§ 33 ff. GenG, dem Statut und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung zu überprüfen⁶²⁹. Diese Abschlußprüfung gliedert sich nach den gleichen Kriterien, wie sie für die Abschlußprüfung der Aktiengesellschaft⁶³⁰ entwickelt worden sind.

625 Vgl. Flender, Rechtsstellung S. 98.

626 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 91.

627 Vgl. Ziff. 2.7.5.3.4.1.

628 Vgl. Rohlfing/Ziranka, Kontrolle S. 195 ff.

629 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 90.

630 Vgl. die vom Hauptfachausschuß des Instituts der Wirtschaftsprüfer entwickelten "Grundsätze ordnungsgemäßer Durchführung von Abschlußprüfungen", abgedruckt und für die Genossenschaftsprüfung erläutert bei Müller, Kommentar § 53 Rdn. 13-16.

Abweichungen ergeben sich für die Genossenschaft jedoch einerseits daraus, daß die Prüfung nicht auf ein bestimmtes Geschäftsjahr abstellt und andererseits, da sie formaler und materieller Natur ist, die Hintergründe von Tatsachen, wie z.B. eine Sonderabschreibung, erforscht werden müssen, welche der Abschlußprüfer der Aktiengesellschaft als formal ordnungsgemäß akzeptiert⁶³¹. Bei der Beurteilung der Buchführung ist deshalb nicht nur die Frage nach der Ordnungsmäßigkeit, sondern auch die nach der Zweckmäßigkeit zu stellen. Bei der Prüfung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung ist außer der Ordnungsmäßigkeit gemäß den gesetzlichen⁶³² und statutarischen Vorschriften auch zu prüfen, ob im Falle von Ermessensspielräumen, wie z.B. bei den Abschreibungen, diese optimal ausgenützt wurden.

Der Geschäftsbericht schließlich ist außer auf Übereinstimmung mit Gesetz⁶³³ und Statut auch darauf zu prüfen, ob alle Angaben gemacht wurden, die in der momentanen Situation der Genossenschaft zweckdienlich erscheinen, um eine klare Darstellung der Lage der Genossenschaft zu vermitteln.

2.7.5.3.3. Vermögenslage

Die Prüfung der Vermögenslage baut auf die Prüfung des letzten Jahresabschlusses auf. Ihre wichtigsten Prüfungsgegenstände sind die Kapitalausstattung und die Liquidität sowie die Rentabilität der Genossenschaft⁶³⁴.

631 Vgl. Schmidt, Besonderheiten S. 30 ff.

632 §§ 33c bis 33g GenG.

633 § 33a GenG.

634 Vgl. Müller, Kommentar § 53 Rdn. 21 und 22 sowie Letschert, Pflichtprüfung S. 90, der daneben noch Liquidität, Kredit, Wirtschaftlichkeit sowie Preis und Kalkulation nennt.

Für die Beurteilung, ob die Kapitalausstattung ausreichend ist, sind außer den Zahlen des Jahresabschlusses auch die erst geplanten Investitionen und andere geschäftliche Maßnahmen mit Auswirkung auf die Finanzkraft der Genossenschaft heranzuziehen. Die allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätze für die Ermittlung der Angemessenheit der Kapitalausstattung⁶³⁵ sind auf die Genossenschaft anwendbar, jedoch sind die Eigenheiten der Genossenschaft zu berücksichtigen. Hier ist der genossenschaftliche Verbund zu nennen, der eine finanziell breit gestreute Grundlage darstellt, andererseits aber auch die Gefahr, durch die Kündigung von Mitgliedern relativ rasch dem Abzug von Guthaben ausgesetzt zu sein⁶³⁶.

Bei der Beurteilung der Rentabilität der Genossenschaft kommt die bereits ausgeführte⁶³⁷ Besonderheit zum Tragen, daß man bei der Beurteilung des Erfolgs der Genossenschaft nicht nur ihre eigenen Zahlen, sondern an sich auch die Ergebnisse ihrer Mitglieder einbeziehen müßte.

Kriterium der Rentabilität ist deshalb, ob die Genossenschaft ihren Förderungszweck optimal erfüllt hat. Kriterien für die Verwirklichung des Förderungszwecks sind einmal der Gewinn, an dem die Genossenschafter beteiligt werden, zum anderen, wesentlicher, die den Genossenschaftern erbrachten Leistungen zur Förderung ihrer eigenen Wirtschaftsbetriebe, wie z.B. günstige Warenbezugskonditionen oder hohe Entgelte für übernommene Waren.

635 Vgl. Wöhe, Betriebswirtschaftslehre S. 376 ff.

636 Vgl. Müller, Kommentar § 53 Rdn. 21.

637 Vgl. Ziff. 2.7.5.2.

Alle diese Faktoren sind unter dem Gesichtspunkt des betriebswirtschaftlichen Optimums zu sehen, d.h., ob mit dem geringstmöglichen Aufwand der höchstmögliche Ertrag im Sinne des von der Genossenschaft angestrebten Nutzeffektes erreicht wird⁶³⁸.

2.7.5.3.4. Geschäftsführung

Die Prüfung der Geschäftsführung umfaßt die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Organe der Genossenschaft bezüglich ihrer Zusammensetzung wie auch ihrer Tätigkeit. Besonderer Schwerpunkt bildet hierbei die Beurteilung der Geschäftsführung des Vorstandes.

2.7.5.3.4.1. Organe

Bezüglich der Generalversammlung ist einerseits zu prüfen, ob diese ordnungsgemäß einberufen wurde und ordnungsgemäß verlief und zum anderen, ob die im Gesetz oder in den Statuten vorgeschriebenen Beschlüsse auch gefaßt wurden bzw. die gefaßten Beschlüsse nach Gesetz und Statut zulässig waren.

Beim Aufsichtsrat sind Zusammensetzung und Organisation wie auch seine Tätigkeit an Gesetz und Statuten zu messen. Der Vorstand schließlich ist auf ordnungsgemäße Besetzung zu prüfen und die Gültigkeit und wirtschaftliche Angemessenheit der mit seinen Mitgliedern abgeschlossenen Verträge zu untersuchen. Diese Prüfung geht über in die Beurteilung, ob die in bezug auf ihre Qualifikation und Leistung richtigen Vorstandsmitglieder den

638 Vgl. Letschert, Pflichtprüfung S. 112.

richtigen Tätigkeitsbereich innehaben und so eine möglichst hohe Effizienz erreicht wird⁶³⁹.

2.7.5.3.4.2. Geschäftsführungstätigkeit

Bei der Beurteilung der Tätigkeit des Vorstandes müssen wieder der Förderungszweck und die für die Genossenschaft speziellen gesetzlichen und statutarischen Grundsätze, wie z.B. der Gleichbehandlungsgrundsatz aller Genossenschafter, im Vordergrund stehen. Daneben muß die Geschäftsführung aber auch den anerkannten Regeln der Betriebswirtschaftslehre entsprechen. Für den Prüfer stellen hierbei ausreichende Rentabilität und wachsender Mitgliederbestand einen Anhaltspunkt dar⁶⁴⁰.

2.7.5.4. Prüfungsverfahren

Das Prüfungsverfahren ist in § 57 GenG geregelt. Die Regelung enthält Informations- und Auskunftsrechte des Prüfers⁶⁴¹, Vorschriften über die Mitwirkung des Aufsichtsrats und die Bestimmung einer in unmittelbarem Zusammenhang mit der Prüfung stehenden Sitzung mit Vorstand und Aufsichtsrat, in der der Prüfer mündlich vorab über das Prüfungsergebnis berichtet.

639 Müller, Kommentar § 53 Rdn. 26.

640 Vgl. Schmidt, Prüfung S. 78.

641 Aus § 57 Abs. 1 Satz 2 GenG ergibt sich, daß dem Prüfer diese Rechte sowohl bei ordentlichen als auch bei außerordentlichen Prüfungen zustehen.

2.7.5.4.1. Informations- und Auskunftsrechte

Um dem Prüfer die erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen, wird in § 57 Abs. 1 GenG bestimmt, daß der Vorstand der zu prüfenden Genossenschaft dem Prüfer Einsicht in die Bücher und Schriften sowie die Untersuchung des Kassenbestandes und der Bestände an Wertpapieren und Waren zu gestatten hat. Außerdem hat er ihm alle Aufklärungen und Nachweise zu geben, die der Prüfer benötigt. Zum Untersuchungsrecht ist anzumerken, daß Wertpapiere und Waren nur beispielhaft genannt sind, da der umfassende Prüfungsauftrag⁶⁴² eine Untersuchung sämtlicher Vermögensgegenstände und ihrer ordnungsgemäßen buchmäßigen Erfassung rechtfertigt⁶⁴³. Das Auskunftsrecht kann auch nicht unter Hinweis auf ein Geheimhaltungsinteresse verweigert werden⁶⁴⁴. Der Prüfer muß die Richtigkeit der erteilten Auskünfte durch Stichprobenkontrollen sicherstellen.

Zur Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs kann der Prüfer den Aufsichtsrat einschalten, und wenn dies erfolglos bleibt, gemäß § 160 GenG beim Registergericht die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den Vorstand beantragen. Falsche Auskünfte des Vorstands oder des Aufsichtsrats sind in § 147 Abs. 2 GenG mit Strafe bedroht.

2.7.5.4.2. Mitwirkung des Aufsichtsrats

Gemäß § 57 Abs. 2 Satz 1 GenG muß der Prüfungsverband dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats den Beginn der Prüfung rechtzeitig anzeigen. Da jedoch verhindert werden

642 Vgl. Ziff. 2.7.5.3.3.

643 Vgl. Müller, Kommentar § 57 Rdn. 5.

644 Vgl. Müller, Kommentar § 57 Rdn. 6.

soll, daß die Genossenschaft vor der Prüfung irgendwelche Änderungen vornimmt, genügt es, wenn die Benachrichtigung mit dem Beginn der Prüfung zusammenfällt⁶⁴⁵. Danach hat der Vorsitzende des Aufsichtsrats gemäß § 57 Abs. 2 Satz 2 GenG die übrigen Aufsichtsratsmitglieder zu unterrichten. Auf ihr Verlangen oder auf Verlangen des Prüfers muß er sie zu der Prüfung zuziehen. Da jedoch der Vorsitzende des Aufsichtsrats weder Herr der Prüfung ist noch gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern weisungsbefugt ist, ist diese Vorschrift dahingehend zu verstehen, daß die Aufsichtsratsmitglieder einerseits das Recht haben, an der Prüfung teilzunehmen, andererseits der Prüfer ihre Teilnahme verlangen kann⁶⁴⁶.

Stellte der Prüfer etwas fest, was nach seiner Meinung eine sofortige Maßnahme des Aufsichtsrats erforderlich macht, so soll er gemäß § 57 Abs. 3 GenG davon unverzüglich den Vorsitzenden des Aufsichtsrats informieren. Dieser muß hierauf wiederum unverzüglich eine Sitzung des Aufsichtsrats einberufen, gleichgültig, ob er die Auffassung des Prüfers teilt oder nicht, da der Aufsichtsrat über die zu treffende Maßnahme als Kollegialorgan entscheiden muß.

2.7.5.4.3. Mündliche Berichterstattung über das Prüfungsergebnis

Vor Abfassung des gemäß § 58 GenG zu erstellenden schriftlichen Prüfungsberichts soll der Prüfer gemäß § 57 Abs. 4 GenG dem Vorstand und dem Aufsichtsrat mündlich berichten. Diese Vorschrift, die allerdings nicht zwingender Natur ist, soll beiden Organen, neben einer möglichst frühen

645 Vgl. Meyer/Meulenbergh, Kommentar § 57 Anm. 3.

646 Vgl. Müller, Kommentar § 57 Rdn. 16.

Information, die Möglichkeit geben, zu den Prüfungsergebnissen Stellung zu nehmen, bevor es schriftlich fixiert wird.

2.7.5.5. Prüfungsbericht

Gemäß § 58 GenG muß der Prüfungsverband über das Ergebnis der Prüfung schriftlich berichten. Durch diese Vorschrift soll gewährleistet werden, daß sich einerseits der Verband⁶⁴⁷ und der den Bericht verfassende Prüfer seiner Verantwortung voll bewußt wird und auf die Abfassung alle Sorgfalt verwendet, und daß andererseits und hauptsächlich die größtmögliche Effektivität der Prüfung erreicht wird, indem diese ausführliche Analyse der Genossenschaftssituation schriftlich festgelegt wird und mit ihr von seiten der Genossenschaft und des Prüfungsverbandes gearbeitet werden kann.

§§ 58 Abs. 3 und 59 GenG stellen sicher, daß sich alle drei Organe der Genossenschaft eingehend mit dem Prüfungsbericht befassen. Gemäß § 59 Abs. 2 GenG muß der Aufsichtsrat in der auf die Fertigstellung des Prüfungsberichts folgenden Generalversammlung zu wesentlichen Feststellungen und Beanstandungen Stellung nehmen.

Gemäß § 59 Abs. 3 GenG kann der Prüfungsverband an dieser Generalversammlung teilnehmen und sogar veranlassen, daß der Bericht verlesen wird.

Gewinnt der Prüfungsverband die Überzeugung, daß die Generalversammlung zu spät oder unzureichend über die Ergebnisse des Prüfungsberichts informiert wird, so kann er gemäß § 60 GenG außerordentlich eine Generalversammlung einberufen, in der er den Vorsitz führt.

647 Gem. § 58 Abs. 1 Satz 2 GenG ist der Bericht nur existent, wenn ihn die Zeichnungsberechtigten des Verbandes unterschrieben haben.

Was die Abfassung des Prüfungsberichts anbelangt, ist hierzu im Gesetz nichts geregelt. Er hat die Prüfungsergebnisse unter Aufzeigung ihrer Ermittlung umfassend darzustellen⁶⁴⁸ und dabei allgemeine Grundsätze wie Wahrheit, Vollständigkeit, Verständlichkeit und Objektivität⁶⁴⁹ zu beachten.

Der Vorstand muß gemäß § 59 Abs. 1 GenG dem Registergericht durch Einreichung einer Bescheinigung des Verbandes nachweisen, daß die Prüfung stattgefunden hat⁶⁵⁰.

2.7.6. Haftung

In § 62 Abs. 1 GenG ist eine Verpflichtung der Verbände, Prüfer und Prüfungsgesellschaften festgelegt, die Prüfung gewissenhaft und unparteiisch durchzuführen und über ihre Informationen sowie über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren. § 62 Abs. 3 GenG regelt, wem der Prüfungsbericht mitgeteilt werden darf. §§ 62 Abs. 1 Satz 3 und 4 sowie Abs. 2 und 5 GenG regeln die zivilrechtliche Haftung bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der in § 62 Abs. 1 GenG festgelegten Pflichten. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ziehen eine Schadenersatzpflicht nach sich, die für Fahrlässigkeit auf DM 200.000 beschränkt ist. Leichte Fahrlässigkeit begründet keine Schadenersatzpflicht⁶⁵¹. In

648 Vgl. das Grundschema eines Prüfungsberichts bei Müller, Kommentar Anhang 1 zu § 58.

649 Vgl. Müller, Kommentar § 58 Rdn. 2-6, der noch den Grundsatz der Einheitlichkeit nennt, d.h., der Bericht darf, wie dies auch für den Bericht des Abschlußprüfers der Aktiengesellschaft gem. § 166 AktG gilt, nicht in selbständige Teilberichte aufgeteilt sein.

650 Diese Vorschrift gilt jedoch nicht für die außerordentlichen Prüfungen gem. § 57 Abs. 1 Satz 2 GenG, vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 53 Anm. 1.

651 Vgl. Lang/Weidmüller, Kommentar § 62 Anm. 3.

Abs. 5 wird bestimmt, daß diese Vorschriften unabdingbar sind.

Daneben haftet der Prüfungsverband nach den allgemeinen Regeln des BGB gemäß § 31 BGB für seine gesetzlichen Vertreter sowie gemäß § 278 BGB für die von ihm angestellten Prüfer.

Die strafrechtliche Haftung der Prüfungsverbände und der Prüfer ergibt sich aus §§ 150 und 151 GenG, wonach außer der Verletzung der Geheimhaltungspflicht auch mit Strafe bedroht wird, wer als Prüfer oder als Gehilfe eines Prüfers über das Ergebnis der Prüfung falsch berichtet oder erhebliche Umstände im Bericht verschweigt.

2.7.7. Staatliche Aufsicht

Gemäß § 64 GenG unterliegen die Prüfungsverbände der Aufsicht der zuständigen obersten Landesbehörde⁶⁵². Durch Staatsaufsicht wird grundsätzlich bezweckt, "das Verhalten der dem Staat Unterstellten in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten"⁶⁵³.

Hiervon ist die Verleihung des Prüfungsrechts gemäß §§ 63, 63a GenG zu unterscheiden, die keine Aufsicht im eigentlichen Sinne, sondern einen rechtsbegründenden Staatsakt darstellt, dem allerdings die Prüfung ver-

⁶⁵² Diese ist gem. § 2 des Gesetzes über genossenschaftliche Vereinigungen vom 23.8.1948 der Wirtschaftsminister oder Senator des Landes, wenn sich die Tätigkeit des Prüfungsverbandes auf dieses Land beschränkt, oder bei landesübergreifender Tätigkeit der Bundeswirtschaftsminister, vgl. Lang, Staatsaufsicht S. 228.

⁶⁵³ Vgl. Triepel, Die Reichsaufsicht, Berlin 1917 S. 121, zitiert nach Westermann, Staatsaufsicht S. 159.

schiedener Voraussetzungen für die Verleihung vorausgeht⁶⁵⁴.

Der in § 64a GenG geregelte Entzug des Prüfungsrechts ist gleichfalls keine eigentliche Aufsicht, sondern er steht nur mit dieser Aufsicht in Kausalzusammenhang und bildet die aufgrund dieser Aufsicht eventuell notwendig werdende Sanktion.

2.7.7.1. Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht

Nach der Intensität der Aufsicht unterscheidet man formelle Rechtsaufsicht und materielle Fachaufsicht. Die in § 64 GenG getroffene Aufsichtsregelung sagt wenig über die Intensität dieser Aufsicht, sie berechtigt die oberste Landesbehörde lediglich, die Prüfungsverbände auf Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben prüfen zu lassen und sie durch Auflagen zur Erfüllung dieser Aufgaben anzuhalten. Man muß deshalb § 64 GenG als ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift betrachten⁶⁵⁵. Bei der Ausdeutung, ob es sich um formelle oder materielle Staatsaufsicht handelt, herrscht Uneinigkeit⁶⁵⁶.

654 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 161.

655 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 163.

656 Diese Problematik wurde in der Reformdiskussion zwischen 1954 und 1963 (vgl. Ziff. 1.2.1.5.) erkannt. Die Novelle von 1973 (vgl. Ziff. 1.2.1.6.) beließ es, bis auf eine Aktualisierung der Zuständigkeit, bei der bisherigen ausfüllungsbedürftigen Rahmenvorschrift, da diese zur Erfassung der Einzelfälle der Genossenschaftspraxis geeigneter erschien als eine starre Festlegung auf Rechts- oder Fachaufsicht, vgl. hierzu die Ausführungen am Ende dieses Abschnitts.

Die Vertreter⁶⁵⁷ der Meinung, es handle sich nur um formelle Rechtsaufsicht, gestehen der Aufsichtsbehörde nur zu, den Prüfungsverband darauf prüfen zu lassen, ob er die ihm gemäß Gesetz obliegenden Aufgaben überhaupt durchführt, nicht jedoch, wie er sie ausführt.

Nach der Gegenmeinung⁶⁵⁸ darf die Aufsichtsbehörde aus gegebenem Anlaß in Einzelfällen in eine sachliche Prüfung der Entscheidung des Prüfungsverbandes eintreten. Dies wird z.B. angenommen, wenn der Prüfungsverband die Aufnahme einer Genossenschaft aus willkürlichen Gründen abgelehnt hat⁶⁵⁹. Die Aufsichtsbehörde kann dann dem Prüfungsverband die Aufnahme der Genossenschaft gemäß § 64 letzter H.S. GenG zur Auflage machen. Es stellt sich nun die weitere strittige⁶⁶⁰ Frage, ob die Aufsichtsbehörde die Erfüllung dieser Auflage nach Verwaltungsvollstreckungsrecht erzwingen kann, oder ihr nur die in § 64a GenG vorgesehene Möglichkeit bleibt, dem Prüfungsverband das Prüfungsrecht zu entziehen und damit eine eventuell unverhältnismäßige Maßnahme zu ergreifen.

Nach Meinung des Verfassers hat der Gesetzgeber mit voller Absicht § 64 GenG so weit gefaßt, daß die Entscheidung über den Charakter der Aufsicht aus anderen Kriterien hergeleitet werden muß.

Gemäß dem Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Handelns darf der Staat nur in die Privatrechtsautonomie eingreifen, wenn übergeordnete Interessen des Gemeinwohls dies erfordern⁶⁶¹. In dem oben geschilderten

657 Vgl. Riebandt-Korfmacher, Sonderfragen S. 122 f., dieselbe, Prüfungsrecht S. 267 sowie Lang, Staatsaufsicht S. 224.

658 Vgl. Bömcke, Staatsaufsicht S. 169.

659 Vgl. Barth, Mitgliedschaft S. 83.

660 Vgl. Bundesjustizministerium, Reform Bd. I S. 40 f.

661 Vgl. Lang, Staatsaufsicht S. 217 f.

Beispielfall würde das Gemeinwohl keinen Eingriff in die Verbandsautonomie rechtfertigen, da die Aufnahme beantragende Genossenschaft ihr Recht im Wege eines Zivilprozesses verfolgen könnte und damit hinreichend geschützt wäre⁶⁶². Andererseits erscheint es als nicht zu weitgehend, der Aufsichtsbehörde, falls Verdacht auf konkrete Fehlentwicklungen vorliegt, das Recht zuzugestehen, ihren Verdacht zu prüfen und den Verband zur Wiederherstellung des pflichtgemäßen Zustandes anzuhalten, äußerstenfalls ihm das Prüfungsrecht zu entziehen⁶⁶³.

Gegenstand des Rechtsschutzinteresses wäre aber in diesem Falle das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Institution Prüfungsverband in ordnungsgemäßer Form, nicht das Einzelinteresse eines von der Fehlentwicklung Betroffenen.

Auch die Fassung des § 64 GenG, die den Staat berechtigt, nicht verpflichtet, scheint in die Richtung zu zielen, daß sich der Staat so wenig wie möglich in die das Genossenschaftswesen von Anfang beherrschende⁶⁶⁴ Verbandsautonomie einmischt⁶⁶⁵ und sich auf eine Funktionssicherung der Prüfung beschränkt, indem er sich ein allgemeines Bild von der Tätigkeit der Prüfungsverbände macht, aus dem er erkennen kann, ob diese ihre gesetzlichen Aufgaben grundsätzlich erfüllen⁶⁶⁶.

662 A.M. Lang/Weidmüller, Kommentar § 11 Anm. 7, der hieraus die Zulässigkeit der Klage vor dem Verwaltungsgericht herleitet.

663 Vor dieser endgültigen Maßnahme wird die Aufsichtsbehörde allerdings den Spitzenverband bitten, auf den Prüfungsverband einzuwirken.

664 Vgl. v. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 2 S. 866 ff.

665 Vgl. Böhmcke, Staatsaufsicht S. 164.

666 Vgl. Westermann, Staatsaufsicht S. 190.

2.7.7.2. Informationsrechte

Zur Erfüllung des ihr in § 64 GenG eingeräumten Prüfungsrechts muß die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit haben, sich über die Tätigkeit des Prüfungsverbandes zu informieren.

Problematisch ist hier die Abwägung zwischen diesem Informationsanspruch der Aufsichtsbehörde und der Verschwiegenheitspflicht des Prüfungsverbands gemäß § 62 GenG⁶⁶⁷.

Eine Einsichtnahme in Verbandsunterlagen oder in die Prüfungsbereiche oder gar ein Prüfenlassen des Verbandes durch einen Wirtschaftsprüfer, wozu § 64 GenG die Aufsichtsbehörde zu ermächtigen scheint, kann jedoch gegenüber dem in § 62 GenG ausgesprochenen Geheimhaltungsinteresse nur gerechtfertigt sein, wenn außergewöhnlich triftige Gründe vorliegen⁶⁶⁸, wie z.B. der wirtschaftliche Zusammenbruch mehrerer der angeschlossenen Genossenschaften.

Generell sollte der staatlichen Aufsichtsbehörde ein Überblick über die wichtigsten Daten der Prüfungstätigkeit des Verbandes genügen und nur in begründeten Einzelfällen wird ein darüber hinausgehendes Informationsverlangen der Aufsichtsbehörde gerechtfertigt sein. Eine Aufstellung dieser wichtigsten Daten über die Prüfungstätigkeit enthalten die im Länderausschuß für das Genossenschaftswesen beim Bundeswirtschaftsministerium

667 Vgl. hierzu Lang, Staatsaufsicht S. 225 ff.

668 § 62 GenG verbietet nur das unbefugte Verwerten und Weitergeben von Prüfungsinformationen aus der Geheimhaltungssphäre; die Aufsichtsbehörde ist jedoch als befugt zur Entgegennahme solcher Informationen anzusehen, wenn dies im öffentlichen Interesse notwendig erscheint.

ausgearbeiteten Richtlinien für die Staatsaufsicht über die Prüfungsverbände vom 13.7.1951⁶⁶⁹.

2.7.7.3. Entziehung des Prüfungsrechts

Die in § 64a GenG genannten Entziehungsgründe korrespondieren weitgehend mit den in § 63a GenG genannten Voraussetzungen für die Verleihung des Prüfungsrechts. Der Unterschied, § 63a GenG Muß-Vorschrift für die Nichterteilung, § 64a GenG Kann-Vorschrift für die Entziehung des Prüfungsrechts in dem Fall, daß der Verband die Gewähr für die Erfüllung der von ihm übernommenen Aufgaben nicht oder nicht mehr bietet, ist sachlich gerechtfertigt⁶⁷⁰, da die Aufsichtsbehörde im Falle des § 64a GenG vor Ergreifung der Maßnahme des Prüfungsrechtsentzugs versuchen sollte, den Verband zur Beseitigung der Umstände zu veranlassen, die der Erfüllung seiner Aufgaben entgegenstehen.

Beide Gesetzesnormen enthalten eine Kann-Vorschrift für den Sachverhalt, daß für die Tätigkeit des Prüfungsverbandes kein Bedürfnis besteht bzw. nicht mehr besteht, wobei die Frage, wann ein Bedürfnis besteht, nicht unumstritten ist⁶⁷¹.

669 Vgl. diese Richtlinien, veröffentlicht bei Bömcke, Staatsaufsicht S. 165 sowie bei Lang, Staatsaufsicht S. 233 f., die sich im Rahmen der Rechtsaufsicht halten.

670 Vgl. - gleichfalls dieser Meinung - Klusak, Staatsaufsicht S. 244 f. mit Darstellung der Gegenmeinung.

671 Vgl. Bömcke, Staatsaufsicht S. 172, der ein Bedürfnis bereits für gegeben hält, wenn der Verband über ausreichende Mitglieder, entsprechende finanzielle Grundlage und über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt. Vgl. auch die Gegenmeinung, die eine echte Bedürfnisprüfung mit Ermittlung der Leistungsfähigkeit der bereits bestehenden zuständigen Verbände für erforderlich hält, bei Paulick, Recht S. 323 sowie Klusak, Staatsaufsicht S. 241 ff.

Das Bestehen eines Bedürfnisses ist nach Meinung des Verfassers von der Leistungsfähigkeit der bereits bestehenden Verbände abhängig zu machen, wobei deren regionale Lage, ihre sachliche Zuständigkeit und ihre Leistungen sowie die noch freie Leistungskapazität die wichtigsten Kriterien darstellen.

2.8. Genossenschaftsverbände (Schweiz)

Die Prüfung der angeschlossenen Genossenschaften durch die Verbände reicht in der Praxis des schweizerischen Genossenschaftslebens bereits bis ins letzte Jahrhundert zurück⁶⁷².

Eine gesetzliche Verankerung der Verbandsprüfung als grundsätzliches Recht der Verbände wurde 1919 bereits im Entwurf von Eugen Huber⁶⁷³ formuliert, jedoch nicht in die endgültige Fassung von 1937 übernommen⁶⁷⁴.

Im geltenden Recht ist keine direkte Ermächtigung der Verbände zur Prüfung der angeschlossenen Genossenschaften enthalten, jedoch weist Art. 924 OR darauf hin, daß in den Statuten des Verbandes⁶⁷⁵ die Verwaltung ermächtigt werden kann, die geschäftliche Tätigkeit der angeschlossenen Genossenschaften zu überwachen und

672 Vgl. Ziff. 1.2.2.1.

673 Vgl. Art. 840 des Entwurfs, wiedergegeben in Ziff. 1.2.2.2.

674 Vgl. Ziff. 1.2.2.3.

675 Da Art. 922 und 923 OR von den Verbandsstatuten ausgehen, ist anzunehmen, daß vom Gesetzgeber auch in Art. 924 OR die Verbandsstatuten gemeint sind, vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 8. Dies ist jedoch rechtlich nicht unbedenklich, da die Verbandsstatuten grundsätzlich zu keinem Eingriff in die Beschlußfassung der angeschlossenen Genossenschaften ermächtigen können, sondern nur die Statuten dieser Genossenschaften selbst, vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 25.

gemäß Abs. 2 Beschlüsse dieser Genossenschaften beim Richter durch Klage anzufechten.

2.8.1. Rechtsform und Organisation der Verbände

Die Rechtsform der Verbände ist im Gesetz nicht festgelegt. Art. 921 OR stellt keine Legaldefinition dar, sondern nur eine Erlaubnis, sich in der Rechtsform der Genossenschaft zusammenzuschließen⁶⁷⁶. Hieraus ergibt sich, daß es den Genossenschaften freisteht, sich auch in einer anderen Rechtsform, also z.B. in der des Vereins, zusammenzuschließen.

Nach herrschender Meinung sind jedoch nur diejenigen Zusammenschlüsse als Genossenschaftsverbände zu bezeichnen, die sich die Rechtsform der Genossenschaft gegeben haben⁶⁷⁷.

Hinsichtlich der Organisation hat der Gesetzgeber den Verbänden weitgehende Freiheit gelassen, sie entsprechend ihren Beschlüssen durch die Statuten zu gestalten. Soweit dort jedoch keine Regelungen getroffen sind, kommen die Art. 828 ff. OR auch auf die Verbände zur Anwendung⁶⁷⁸.

Das oberste Organ des Genossenschaftsverbandes ist gemäß Art. 922 Abs. 1 OR, falls die Statuten es nicht anders ordnen, die Delegiertenversammlung⁶⁷⁹. Die Zahl

676 Vgl. Sigg, Organ S. 179 f.

677 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 21.

678 Vgl. Capitaine, Genossenschaftsverbände S. 2; v. Steiger, Grundriss S. 179.

679 Die Auslegung dieser Vorschrift ist strittig. Ein Teil des Schrifttums (vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 922 Rdn. 2, Capitaine, Genossenschaftsverbände S. 1) ist der Auffassung, die Statuten könnten wie in Art. 893 OR einen Großteil der Befugnisse (ausgenommen Auflösung und Fusion gem. Art. 893 Abs. 2 OR) auf die Verwaltung übertragen, der andere Teil (vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 107 ff.,

der von der einzelnen Genossenschaft zu entsendenden Delegierten sowie deren Stimmzahl werden gemäß Art. 922 Abs. 2 und 3 OR in den Statuten geregelt. Die Delegiertenzahl kann sich an der Mitgliederzahl oder am Umsatz der Genossenschaft orientieren, die Zahl der dem einzelnen Delegierten zustehenden Stimmen kann im Verhältnis der Genossenschafter, die er vertritt, bemessen werden⁶⁸⁰.

Das zweite notwendige Organ des Verbandes ist die Verwaltung. Sie wird gemäß Art. 923 OR, sofern die Statuten keine abweichende Regelung treffen, aus Mitgliedern der angeschlossenen Genossenschaften gebildet. Gemäß dem im Genossenschaftsrecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz sollen die Mitglieder die angeschlossenen Genossenschaften möglichst gleichmäßig repräsentieren⁶⁸¹.

Als echte Genossenschaft muß der Genossenschaftsverband als drittes Organ eine Kontrollstelle haben. Da sich in bezug auf diese keine Besonderheiten ergeben⁶⁸², hat der Gesetzgeber in Art. 921 bis 925 OR auf jede Regelung zur Kontrollstelle verzichtet.

Sigg, Organ S. 195 ff.), dem sich auch der Verfasser anschließt, vertritt die Meinung, die Einschränkung in Art. 922 Abs. 1 OR beziehe sich einzig auf das Organ Delegiertenversammlung und besage, daß dieses durch ein anderes willensbildendes Organ wie etwa die Urabstimmung ersetzt werden könne. Eine Analogie zu Art. 893 OR verbiete sich, da dieser eine Ausnahmeregelung darstelle und die Gründe für diese Ausnahmeregelung beim Genossenschaftsverband gerade nicht gegeben seien. (Keine Atomisierung des Mitgliederwillens, da überblickbarer Mitgliederkreis, und Aufhebung des Prinzips der einen Stimme pro Kopf.)

680 Vgl. Capitaine, Genossenschaftsverbände S. 2.

681 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 132.

682 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 133.

2.8.2. Aufgaben der Verbände

2.8.2.1. Wirtschaftliche Förderung

Dem Genossenschaftsverband obliegt, wie auch der Einzelgenossenschaft, gemäß Art. 828 OR die wirtschaftliche Förderung⁶⁸³ der Mitglieder. Diese Förderung ist jedoch beim Verband in einem weiteren, weniger konkreten Rahmen zu sehen als bei der Einzelgenossenschaft⁶⁸⁴.

2.8.2.2. Überwachung

Eine Sonderaufgabe kann dem Verband in den Statuten jedoch gemäß Art. 924 Abs. 1 OR auferlegt werden, er kann berechtigt werden, die geschäftliche Tätigkeit der angeschlossenen Genossenschaften zu überwachen. Auch diese Überwachungsaufgabe ist jedoch innerhalb des Verbandszwecks zu sehen, die Genossenschaften wirtschaftlich zu fördern. Hieraus muß auch Umfang und Grenze der Überwachung abgeleitet werden⁶⁸⁵, da der Gesetzgeber hierüber keine Regelung getroffen hat. Grundsätzlich

683 Vgl. hierzu Schmid, Genossenschaftsverbände S. 24 ff. und 51 ff.

684 Vgl. Gutzwiller, Kommentar § 924 Rdn. 1-5.

685 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 165 ff., der gleichfalls die Ermittlung von Umfang und Grenze der Überwachung aus dem Verbandszweck für tauglicher hält als die Versuche (vgl. Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 15-18), Umfang und Grenze der Überwachung im Wege der grammatikalischen Auslegung zu ermitteln. Aus der Wahl des Wortes "überwachen" im Gegensatz zu dem Wort "kontrollieren" darauf zu schließen, daß der Gesetzgeber einen anderen Umfang der Tätigkeit festlegen wollte, erscheint dem Verfasser insbesondere deshalb problematisch, weil der Gesetzgeber an anderen Stellen des Gesetzes gezeigt hat, daß er keine strenge terminologische Unterscheidung der Kontrolle und Prüfung ausdrückender Worte vornehmen wollte (vgl. hierzu Ziff. 1.3.).

bedeutet jedoch der Gesetzeswortlaut "Überwachung der geschäftlichen Tätigkeit", daß die Statuten eine umfassende Überwachung der gesamten Organisation und Tätigkeit der Genossenschaften vorsehen können⁶⁸⁶.

2.8.3. Anfechtungsklage

Da das Überwachungsrecht kein Recht zum Eingriff in die Entscheidungen der angeschlossenen Genossenschaften gibt⁶⁸⁷, hat der Gesetzgeber in Art. 924 Abs. 2 OR die Möglichkeit vorgesehen, in den Statuten⁶⁸⁸ das Recht zu verankern, Beschlüsse der Genossenschaften beim Richter durch Klage anzufechten. Der Gesetzgeber nennt nicht das Organ der Genossenschaft, dessen Beschlüsse von dieser Anfechtung betroffen sein sollen.

Bei der Aktiengesellschaft richtet sich nach der herrschenden Meinung⁶⁸⁹ die Klage gemäß Art. 706 OR nur gegen Beschlüsse der Generalversammlung. Obgleich einige Autoren⁶⁹⁰ dies auch für das Genossenschaftsrecht annehmen, plädiert die Mehrzahl der Autoren⁶⁹¹ dafür, auch die Beschlüsse der Verwaltungen der angeschlossenen Genossenschaften dem Art. 924 Abs. 2 OR zu unterwerfen. Als Gründe werden hierfür angeführt,

686 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 165 sowie v. Steiger, Grundriss S. 181.

687 Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 17, Schmid, Genossenschaftsverbände S. 164.

688 Nach h.M. nur in den Statuten des Verbandes, was jedoch rechtlich nicht unbedenklich erscheint, vgl. Ziff. 2.8 Fußnote 672.

689 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 182, Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 26 und 27.

690 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 115 sowie die weiteren Nachweise bei Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 27.

691 Vgl. Gerwig, Genossenschaftsrecht S. 157, Schmid, Genossenschaftsverbände S. 168 mit weiteren Nachweisen.

der Wortlaut, der im Gegensatz zu Art. 891 Abs. 1 OR allgemein von Beschlüssen der Genossenschaft spricht, und die besondere Wichtigkeit der Beschlüsse der Verwaltungen auf deren Zustandekommen der Verband nicht die dem Genossenschafter zustehenden Einwirkungsmöglichkeiten hat⁶⁹².

Auch über die Anfechtungsgründe schweigt der Gesetzgeber. Nach herrschender Meinung⁶⁹³ sind Beschlüsse anfechtbar, wenn sie gegen das Gesetz oder gegen die Statuten des Verbandes oder der betroffenen Genossenschaft verstoßen. Nur unzumutbare Beschlüsse unterliegen hingegen nicht der Anfechtung, da sie dem nicht überprüfbaren Ermessensspielraum der Genossenschaften zuzuordnen sind⁶⁹⁴.

2.8.4. Bedeutung der Verbandsprüfung in der Genossenschaftspraxis

Die Darstellung der für den Verband im Obligationenrecht getroffenen Regelungen, welche die Prüfung nur als Kann-Vorschrift vorsehen⁶⁹⁵, könnte zu einer falschen Gewichtung der Bedeutung des Verbandes für die Prüfung der Genossenschaft führen.

In der Praxis des schweizerischen Genossenschaftswesens läßt sich die Prüfung einer Genossenschaft durch den

692 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 169.

693 Vgl. v. Steiger, Grundriss S. 182, Schmid, Genossenschaftsverbände S. 170, Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 28.

694 Vgl. Sigg, Organ S. 202 f. sowie Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 34, der eine bis in diesen Ermessensspielraum reichende Anfechtung als absurd qualifiziert.

695 Vgl. Art. 924 OR.

Verband bis auf das Jahr 1890 zurückverfolgen⁶⁹⁶, und in der Gegenwart gehören ca. 70 % der Genossenschaften einem Verband an⁶⁹⁷, dem in der Regel gemäß Art. 924 Abs. 1 OR⁶⁹⁸ in seinen Statuten auch das Kontrollrecht über die angeschlossenen Genossenschaften eingeräumt ist⁶⁹⁹.

Die Prüfung durch den Verband hat also auch im Genossenschaftswesen der Schweiz große Bedeutung erlangt, obwohl sie im Obligationenrecht nur als freiwillige Prüfung vorgesehen ist und keine gesetzliche Regelung erfahren hat.

696 Vgl. Ziff. 1.2.2.1.

697 Vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 78.

698 Art. 924 Abs. 2 OR hat hingegen in der Genossenschaftspraxis kaum Bedeutung erlangt, vgl. Schmid, Genossenschaftsverbände S. 176.

699 Vgl. Schmid, a.a.O. S. 202, Gutzwiller, Kommentar Art. 924 Rdn. 12 ff., v. Steiger, Grundriss S. 181 f. sowie Forstmoser, Schweizer Genossenschaftsrecht S. 95.

CURRICULUM VITAE

Am 3. April 1942 wurde ich in München als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Alfred Karpf und seiner Ehefrau Elisabeth geboren. Nach der Volksschule in München besuchte ich ab 1953 das Alte Realgymnasium München, an dem ich im Jahre 1963 das Abitur ablegte. Mein Studium an der Juristischen Fakultät der Universität München begann im Wintersemester 1963 und wurde im Frühjahr 1968 durch die erste juristische Staatsprüfung abgeschlossen. Im Juni 1971 wurde mir als Abschluß meines Studiums des Schweizer Rechts an der Universität Zürich das Lizentiat der Rechte verliehen. Nach erfolgreich abgelegter, zweiter juristischer Staatsprüfung in München wurde ich 1972 zum Assessor der Rechte ernannt und begann meine berufliche Tätigkeit als Rechtsanwalt. Im Juli 1973 trat ich in die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft ein, wo ich bis heute arbeite. 1976 heiratete ich meine Frau Suzanne, 1978 wurde unser Sohn Philipp, 1980 unsere Tochter Annina geboren. Im November 1981 legte ich die mündliche Doktorprüfung an der Universität Zürich ab.

